

UiO : **Det juridiske fakultet**

Byggherrens materielle kompetanse til å endre entreprenørens ytelser

En redegjørelse av NS 8405 pkt. 22.1

Kandidatnummer: 577

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 15908



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Behovet for endringsreglene	1
1.3	Avgrensninger og nærmere presiseringer	3
1.4	Metode og fremgangsmåte.....	4
1.5	Fremstillingen videre	6
2	KOMPETANSE TIL Å PÅLEGGE ENDRINGER	7
2.1	Utgangspunktet	7
2.2	Hva kan en endring gå ut på?.....	7
3	BEGRENSNINGER I ENDRINGSKOMPETANSEN	11
3.1	Kvalitative begrensninger	11
3.1.1	Krav til sammenheng	11
3.1.2	Ikke av vesentlig annen art	13
3.1.3	Andre kvalitative begrensninger?	16
3.2	Kvantitative begrensninger	19
3.2.1	Grensen på 15 %.....	19
3.2.2	Utfordringer ved beregningen av 15 % -grensen.....	21
3.2.3	Er den kvantitative grensen absolutt?	26
3.2.4	Avtaler om andre grenser	28
4	NÅR GJELDER ENDRINGSKOMPETANSEN?.....	30
4.1	Kontraktperioden som ramme	30
4.2	Endringspålegg etter overtakelse	31
4.2.1	Utsatt overtakelse for deler av arbeidet	31
4.2.2	Pretensjon om mangel	33
5	HAR BYGGHERREN RETT TIL Å VELGE HVEM SOM SKAL UTFØRE ENDRINGSARBEIDET?	35
5.1	Problemstillingen	35
5.2	De ulike endringene	35
5.2.1	Ytelser som trekkes ut	35
5.2.2	Ytelser som legges til	37
5.3	Urettmessig bruk av andre entreprenører.....	38

6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	40
7	LITTERATURLISTE	41
7.1	Litteratur	41
7.2	Rettspraksis	42
7.3	Standardkontrakter	43
7.4	Lover og forarbeider	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven behandler byggherrens materielle kompetanse til å endre entreprenørens ytelser i medhold av standardkontrakten NS 8405 pkt. 22.1.

Byggherrens endringskompetanse sikter til den myndighet byggherren har til ensidig å pålegge entreprenøren å utføre et annet arbeid eller utføre arbeidet på en annen måte eller til en annen tid enn det som er angitt i kontrakten.¹ Det er med andre ord en adgang for byggherren underveis i byggeperioden til å påvirke hvilket produkt han mottar og når han mottar det. Endringsreglene tar kun sikte på å endre entreprenørens ytelser og fremdrift, men aldri det øvrige innholdet i kontrakten, som for eksempel juridiske vilkår og kommersiell balanse. Dette må gjøres ved en felles endringsavtale mellom begge parter, ikke gjennom en ensidig endringsordre fra byggherren.²

Fremstillingen av oppgaven vil basere seg på reglene i NS 8405, ettersom det er den standardkontrakten som i dag brukes mest innen byggebransjen.³ Oppgavens tema omfatter kun byggherrens materielle kompetanse til å endre entreprenørens ytelser i medhold av pkt. 22.1. For å kunne foreta en nærmere redegjørelse av denne bestemmelsen, behandles dermed ikke endringer av entreprenørens fremdrift, som reguleres av pkt. 22.2. Med andre ord vil endringer som går på at entreprenøren pålegges en plikt til å forsere arbeidene sine, falle utenfor behandlingen.

Oppgavens overordnede problemstilling blir dermed å fastlegge de nærmere grensene for byggherrens materielle kompetanse til å endre entreprenørens ytelser i medhold av pkt. 22.1. Gjennom drøftelsene som følger av denne og underordnede problemstillinger, vil det i størst mulig grad vises til hvordan rettsstilstanden er i dag. Men der rettsstilstanden er uavklart, vil det drøftes hvordan løsningen – basert på blant annet juridisk teori og reelle hensyn – etter mitt skjønn bør være.

1.2 Behovet for endringsreglene

Reglene om endringer er en del av byggherrens styringsverktøy, og de er meget sentrale i enhver entreprisekontrakt.⁴ Dette har sammenheng med at det er en rekke faktiske forhold som skiller entreprisekontrakter fra de mer ordinære leveranseavtalene, eksempelvis kjøp, og

¹ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 297.

² Jf. Kaasen (2006) s. 281.

³ Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 25.

⁴ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 297.

som medfører at entreprenørens ytelse er preget av betydelig usikkerhet.⁵ Entrepriekontraktene som NS 8405 regulerer, gjelder normalt store og omfattende prosjekter.⁶ Dette innebærer at arbeidene går over lengre tid – gjerne flere år. Da er det lett å tenke seg at det kan oppstå forhold som gjør at forutsetningene ved avtaleinngåelsen endres underveis, slik at det blir nødvendig med en dynamisk kontrakt.

Ett forhold kan være at byggherrens behov eller ønsker endres etter at arbeidet er påbegynt, slik at han vil ha utført noe på annet vis eller til en annen tid enn det som er avtalt. Det kan skyldes at formålet med kontraktsgjenstanden eller kravet til leveringstiden endres etter kontraktsinngåelsen. Det kan også være at ny innsikt i sikkerhetsmessige forhold eller optimaliseringsmuligheter gjør at byggherren vil endre kontraktens materialer og utførelsesteknikker.

Et annet forhold kan være at omstendigheter utenfor partenes kontroll påkrever endringer. For eksempel vil vær- eller grunnforhold kunne tilsi at arbeidene utendørs må utføres på en annen måte enn først forutsatt. Videre gjelder entreprenørens ytelse normalt en meget omfattende prestasjon, og det kan dreie seg om kompliserte ytelser. Dette innebærer at oppfyllelsen får et improvisasjonspreg man sjelden møter i andre kontrakter.⁷ I tillegg er det også et poeng i denne sammenheng at sluttresultatet av prosjektet ofte er ment å vare i lang tid. Det vil derfor være betenkelig å fastholde utførelsen av noe som underveis viser seg å være utjenlig arbeid.⁸

Den praktisk sett viktigste årsaken til at byggherren ønsker å endre kravene til entreprenørens ytelse, er likevel at avtalen normalt inngås på et uferdig eller uklart grunnlag.⁹ Dette skyldes blant annet tidspress, unøyaktigheter fra partene og det faktum at det vanskelig lar seg gjøre å etablere en fullstendig og presis beskrivelse av alt som skal gjøres.¹⁰ Dermed oppstår behovet for fleksibilitet innenfor kontrakten til å foreta de nødvendige justeringer underveis, slik at et optimalt resultat kan nås.

Endringsreglene skal forsøke å ivareta byggherrens grunnleggende behov, slik at han i størst mulig grad kan få riktig kontraktsgjenstand til riktig tid. Samtidig må entreprenørens hensyn også ivaretas, ved at reglene må være forutberegnelige og fremstå som rimelige, saklige og

⁵ Jf. Sandvik (1966) s. 85 flg.

⁶ Jf. NS 8405 pkt. 1 annet ledd.

⁷ Jf. Hagstrøm (1997) s. 11.

⁸ Jf. Sandvik (1977) s. 122. Se også Kaasen (2006) s. 271-272 om tilsvarende synspunkter ved fabrikkasjonskontraktene.

⁹ Jf. Kolrud mfl. (1992) s. 227 og Kaasen (2006) s. 272.

¹⁰ Jf. Kolrud mfl. (1992) s. 227.

forsvarlige. En slik avveining er forsøkt gjort ved å begrense hvilke endringer byggherren kan pålegge, hvor omfattende endringene kan være og når endringene kan pålegges.¹¹

1.3 Avgrensninger og nærmere presiseringer

I utgangspunktet vil behandlingen i oppgaven skje med byggherrens tilsiktede og ønskede endringer for øyet, ettersom det er kjerneområdet for endringsreglene.¹² Problemstillinger som knytter seg til utenforliggende forhold, vil bare bli behandlet i begrenset grad.¹³ I hvilken grad endringsreglene generelt kommer til anvendelse der utenforliggende forhold nødvendiggjør endringer, vil ikke bli problematisert. Dette synes å være en vurdering som vil være for omfattende for denne oppgaven.¹⁴

Motstykket til byggherrens endringskompetanse er reglene som gir entreprenøren krav på fristforlengelse og vederlagsjustering.¹⁵ Gjennom disse reglene ivaretas entreprenørens rettigheter når hans kontraktsforpliktelser endres, slik at avtaleforholdet mellom partene balanseres. Konsekvensene for tid og kostnader er av stor betydning og har en nær sammenheng med endringsreglene. Selv om dette er et typisk tvistepunkt tilknyttet endringer, faller denne delen utenfor oppgavens tema.

Et annet tvistepunkt som normalt oppstår i forbindelse med endringsreglene er hvorvidt det pålagte arbeidet representerer en endring, eller om det allerede er omfattet av entreprenørens forpliktelser i henhold til kontrakten. Uenigheter om avtalens innhold må i utgangspunktet løses av alminnelige kontraktsrettslige tolkningsprinsipper. Spørsmålene i denne forbindelse må dermed avgjøres ved en konkret tolkning av kontraktsdokumentene.¹⁶ Behandlingen av disse tolkningsprinsippene inngår ikke i besvarelsen.

Det kan også være strid om de personelle og prosessuelle kravene tilknyttet endringer er oppfylt. Typisk vil det gjelde spørsmålet om entreprenøren har overholdt sin varslingsplikt.¹⁷ I den videre behandlingen forutsettes det imidlertid at de personelle og prosessuelle vilkårene er oppfylt.

¹¹ For andre regler som skal ivareta entreprenørens hensyn, se kapittel 1.3 like nedenfor.

¹² Jf. Barbo (1997) s. 84 og Kaasen (2006) s. 303.

¹³ Se kapittel 3.2.3 nedenfor.

¹⁴ En grundig analyse av dette temaet og tilknyttede problemstillinger er gjort i Barbo (1997) s. 285-521.

¹⁵ Se NS 8405 pkt. 24.1 bokstav og 25.2 bokstav a.

¹⁶ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 297-298.

¹⁷ Se NS 8405 pkt. 23.2.

1.4 Metode og fremgangsmåte

Ved behandlingen av juridiske spørsmål på entrepriserettens område er utgangspunktet, her som ellers, den alminnelige rettskildelæren. Denne vil ikke bli gjennomgått i generell form. At entrepriseretten i hovedsak er ulovfestet, har gitt den noen særpreg som det derimot anses hensiktsmessig å peke på.

Bakgrunnen for at entrepriseretten i liten grad er lovregulert – selv om den er av stor samfunnsøkonomisk betydning – henger sammen med at man fra slutten av 1800-tallet har hatt en tradisjon for selvregulering gjennom utarbeidelse av standardkontrakter.¹⁸ I dag finnes det en rekke standardkontrakter på entrepriserettens område – hver til sitt bruk.

Standardkontrakten NS 8405, som avløser den tidligere NS 3430, ble vedtatt i 2004 og revidert i 2008. Den er utarbeidet og enstemmig anbefalt av en komité som er oppnevnt av Standard Norge.¹⁹ Komitéen består av organisasjoner og institusjoner som representerer en rekke sentrale aktører i bransjen, og som sammen er blitt enige om alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg- og anleggsarbeider.²⁰ NS 8405 er utarbeidet for bruk i kontraktsforhold der en part (entreprenøren) påtar seg utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for den andre parten (byggherren), som står for det vesentlige av prosjekteringen.²¹

Utgangspunktet ved tolkningen av standardkontrakten er at den må tolkes objektivt, ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier.²² Det vil som regel være lite rom for en felles partsoppfattelse av avtaleinnholdet, ettersom kontrakten er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner. Enda klarere blir dette ved anbud der konkurransegrunnlaget er ensidig utarbeidet av byggherren – noe som ofte er tilfellet i entrepriseforhold.²³ Det må følgelig foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en alminnelig forståelse av ordlyden.²⁴

At bestemmelsene i standarden må tolkes objektivt, innebærer ikke at de utelukkende skal tolkes etter en naturlig språklig forståelse. Ordlyden må også leses i lys av formålsbetraktninger og andre reelle hensyn, som gjerne vil være av stor betydning der det

¹⁸ Jf. Sandvik (1966) s. 59 flg.

¹⁹ Jf. forordet til NS 8405.

²⁰ Jf. forordet til NS 8405.

²¹ Jf. NS 8405 pkt. 1.

²² Jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 og Woxholt (2009) s. 408 flg. Se også Rt. 2014 s. 520 avsnitt 26.

²³ Jf. Rt. 2012 s. 1729 avsnitt 58.

²⁴ Jf. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59.

mangler klare holdepunkter i andre rettskilder.²⁵ I motsetning til forbrukerentrepriser, som er delvis lovregulert gjennom bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven,²⁶ er standarden beregnet på næringsentrepriser. Det må derfor også tas i betraktning at partene er profesjonelle parter som ledd i næringsvirksomhet, og det må kunne stilles strengere krav til disse enn overfor en forbruker.

For å kunne løse grensespørsmål og problemstillinger der standarden ikke gir noe uttrykkelig svar, vil det også være behov for å trekke inn andre rettskilder. Sammenlignet med mange andre formuerettslige fag, er entrepriseretten imidlertid ikke særlig rik på rettskilder.

Tradisjonelt har rettspraksis vært preget av at mange tvister om standardkontrakter ble løst ved voldgiftsavgjørelser. Disse ble gjerne holdt hemmelig, og det har vært tilfeldig hva som er publisert eller offentlig kjent.²⁷ Dette innebærer at de alminnelige domstolene, og da spesielt Høyesterett, i lang tid har behandlet få entrepriserettslige spørsmål. Selv om tendensen de siste årene har gått i retning av at de alminnelige domstolene har behandlet flere tvister på rettsområdet, foreligger det få rettsavgjørelser som har særlig betydning for behandlingen av denne oppgavens tema. Noen relevante avgjørelser vil likevel bli nevnt. I tillegg vil praksis fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd (BFJR) kunne være en relevant rettskilde, dersom argumentasjonen har saklig tyngde.²⁸

Når det gjelder offisielle forarbeider, er dette også noe kontraktstandardens savner. Dette skyldes at standarden ikke er utgitt i lovform gjennom Stortinget, men at den som nevnt er utarbeidet av ulike organisasjoner og institusjoner. På den annen side vil tolkninger av tidligere standardkontrakter og utviklingslinjer kunne gi holdepunkter for forståelsen av NS 8405.²⁹ Det gjelder særlig praksis og teori fra forgjengerne NS 3401 og NS 3430, til tross for at innholdet vil være noe ulikt fra dagens standard.

Ved løsningen av tolkningsspørsmål vil det også være aktuelt å trekke inn kilder fra nærliggende kontraktsområder, slik som bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven. En analogi fra beslektede reguleringer kan fungere som momenter i en helhetsvurdering der tilsvarende regler for eksempel skal ivareta de samme hensynene, eller at andre likheter taler for samme løsning. Det samme gjelder fabrikkasjonskontraktene til petroleumsvirksomheten,

²⁵ Jf. Rt 2010 s. 961 avsnitt 44.

²⁶ Jf. henholdsvis bustadoppføringslova § 1 og håndverkertjenesteloven § 1.

²⁷ Jf. Hagstrøm (1997) s. 14.

²⁸ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 52 og Nordtvedt mfl. (2013) s. 25.

²⁹ Jf. Rt. 2014 s. 520 avsnitt 30 flg.

skipsbyggningskontrakter og datakontrakter.³⁰ Likevel vil det kunne by på utfordringer å trekke veklser på andre kontraktsområder og standardkontrakter, fordi det er vanskelig å vite om forskjeller i dem er bevisste eller ubevisste. For reglene om byggherrens endringskompetanse vil det være mest aktuelt å trekke paralleller til NS 8407, som gjelder for totalentrepriser og i stor grad inneholder tilsvarende endringsregler som NS 8405.

Entrepriseretten er en del av obligasjonsretten slik at standardkontraktene kan utfylles med alminnelige kontraktsrettlige prinsipper.³¹ Standardene er dessuten dels kontraktfesting av alminnelige entrepriserettslige regler som ville ha kommet til anvendelse uavhengig av avtale, dels avtaleskapte ordninger.³² Disse prinsippene og reglene vil derfor være en viktig rettskilde til å utfylle standardkontrakten der den er taus om løsningen av problemstillinger.

Som følge av det som er sagt om entrepriserettens rettskilder – og manglene på noen av dem – vil den juridiske teorien og reelle hensyn være relevant for å belyse og underbygge en del rettslige vurderinger.³³ Dette vil nok gjelde i enda større grad enn i den alminnelige rettskildelæren.³⁴

1.5 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil jeg i kapittel 2 gi en oversikt over hvilke endringer byggherren i utgangspunktet har kompetanse til å foreta i medhold av NS 8405 pkt. 22.1.

Kapittel 3 behandler begrensningene i byggherrens endringskompetanse. I denne sammenheng vil det blant annet vurderes om det gjelder ytterligere begrensninger enn det som følger uttrykkelig av standardkontrakten, om det kan tenkes unntak fra de oppstilte begrensningene og utfordringer ved å trekke grensene.

I kapittel 4 behandles spørsmålet om hvilken tidsperiode endringskompetansen gjelder for.

Problemstillingen om byggherren står fritt til å velge hvem som skal utføre endringsarbeider, behandles i kapittel 5.

I kapittel 6 vil oppgaven avsluttes med noen korte betraktninger.

³⁰ Se nærmere Kaasen (2006) s. 273 om ulike standardkontrakter der det foreligger endringskompetanse.

³¹ Jf. Hagstrøm (2011) s. 70 flg.

³² Jf. Rt. 1967 s. 1248.

³³ Jf. Eckhoff/Helgesen (2001) s. 270 flg. og Boe (2012) s. 320 flg.

³⁴ Tilsvarende Hagstrøm (1997) s. 15.

2 Kompetanse til å pålegge endringer

2.1 Utgangspunktet

Bestemmelsen i NS 8405 pkt. 22.1 er bygget opp slik at første ledd er helt generell, og hjemler tilsynelatende enhver endring – eksempelvis endringer av arbeidet, fremdriften, vederlag, juridiske vilkår og så videre. Annet ledd tydeliggjør at endringer som nevnt i første ledd bare dekker endringer av entreprenørens ytelser. Tredje ledd snevrer så inn adgangen til å endre de ytelsene som er nevnt i annet ledd, ved å begrense endringskompetansen både kvalitativt og kvantitativt.

Det rettslige grunnlaget for byggherrens kompetanse til å endre den opprinnelige avtalen, er hjemlet i pkt. 22.1 første ledd: «Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer». Med denne hjemmelen gir standardkontrakten altså byggherren en rett til ensidig å pålegge entreprenøren endringer underveis i prosjektet.

Ordlyden i reguleringen er positivt utformet, slik at det i utgangspunktet er adgang til å pålegge entreprenøren alle slags endringer. En «endring» kan forstås som et avvik fra det som opprinnelig var avtalt og inntatt i kontraktsdokumentene i samsvar med pkt. 3.1.³⁵

Endringsreglene setter ikke som noe vilkår at entreprenørens aksept er nødvendig. At byggherrens kompetanse er ensidig kan også slutes ut fra ordlyden «pålegge». Videre er byggherrens endringskompetanse vanligvis diskresjonær, slik at det ikke er nødvendig å vise til noe bestemt behov for endringen eller å begrunne den.³⁶ Det følger av fraværet om krav til årsak og begrunnelse, og det må antakelig kunne innfortolkes i ordlyden «kan».

2.2 Hva kan en endring gå ut på?

I pkt. 22.1 annet ledd klarlegges nærmere hva en endring kan gå ut på. Byggherrens endring kan gå ut på at «entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå». Til sammen danner opplistingen et vidt utgangspunkt for hvilke endringer som kan gjøres i kontraktens arbeidsbeskrivelse, både når det gjelder arbeidsresultatet og fremgangsmåten. Entreprenørens plikt til å utføre endringsarbeidene blir dermed en del av kontraktens innhold, slik at det ikke blir tale om noen ny kontrakt i tillegg til den opprinnelige. Så selv om det

³⁵ Jf. også Marthinussen mfl. (2010) s. 304.

³⁶ Se likevel kapittel 5 om kravet til saklig grunn for å gi endringsarbeider til en annen entreprenør.

ikke uttrykkelig fremgår av standarden, får de alminnelige kontraktsvilkårene også anvendelse på endringsarbeidene.³⁷

Annet ledd er en positiv angivelse av de endringene som kan foretas, men implisitt inneholder den også begrensninger av kompetansen som er gitt i første ledd: Endringene som gir byggherren en endringskompetanse, må knytte seg til det avtalte arbeidet. Det er altså bare innholdet av entreprenørens ytelser som kan endres. Øvrig innhold i kontrakten kan generelt ikke endres uten at dette er avtalt mellom partene.³⁸ Byggherren kan for eksempel ikke ensidig endre risikofordelingen som følger av kontrakten eller endre satser og vilkår for dagmulktkrav. Det må gjelde selv om entreprenøren kompenseres i form av vederlag og ekstra tid. Dessuten vil slike endringer trolig stride med avtaleloven § 36, og dermed måtte anses som ugyldige.

Det byggherren kan kreve er for det første at entreprenøren skal yte noe «i tillegg til» det opprinnelige avtalte. Det kan være at ytelser som allerede leveres skal være mer omfattende. For eksempel er det behov for å heve takhøyden på huset som bygges, slik at veggene må bygges høyere, eller at det er behov for ekstra støttemurer. Men et «tillegg» kan også være en ny ytelse som ikke inngår i den opprinnelige arbeidsbeskrivelsen. Byggherren ønsker for eksempel at det skal installeres innbruddsalarm i bygget som oppføres eller at hagen skal være inngjerdet, selv om det ikke var avtalt.

Videre kan en endring gå ut på at entreprenøren skal yte noe «i stedet for» det opprinnelige avtalte. Byggherren har da mulighet til å trekke ut en ytelse av kontrakten, for så å erstatte den med en annen. Det vil være tilfellet hvis han vil sette opp en rulletrapp i stedet for en vanlig trapp, skifte en glassvegg til en murvegg eller bytte enkle utgangsdører med branndører. Ordlyden legger ikke bånd på hvor store avvik det kan være mellom den opprinnelige ytelsen og den som kommer i stedet for.³⁹

Begge de nevnte alternativene knytter endringen til «det opprinnelige avtalte». Dette kan forstås slik at endringskompetansen for disse alternativene kun gjelder for ytelser som var opprinnelig avtalt på avtaletidspunktet. I så fall vil noe som er endret én gang, ikke kunne endres igjen. Formålet med bestemmelsen er derimot å gi byggherren adgang til å foreta endringer. Det taler for å tolke ordlyden utvidende slik at også endringer kan endres. I motsatt fall vil det gi byggherren liten fleksibilitet om han ikke kan revurdere forholdene på nytt etter at han har gjort en endring. Det vil være lite heldig ettersom byggherrens behov for å foreta endringer i

³⁷ Jf. Barbo (1997) s. 111. En slik regel er uttrykkelig inntatt i NF 05 art. 13.1, se Kaasen (2006) s. 349-350.

³⁸ Jf. Nordtvedt mfl. (2013) s. 444, og Kaasen (2006) s. 333.

³⁹ Begrensninger må i så fall hjemles i tredje ledd, se kapittel 3 nedenfor.

første omgang også kan gjøre seg gjeldende senere. Byggherren har for eksempel ikke råd til rulletrappen som han påla endring om, og ønsker nå den opprinnelige trappen likevel. Uttrykket «opprinnelig avtale» må derfor tolkes som at alternativene knytter seg til hva som er avtalt på det tidspunktet endringen kreves.⁴⁰

Et tredje endringsalternativ er at «ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres». En endring kan med andre ord være meget betydelig. Byggherren kan eksempelvis endre oppføringen av et basseng til en tennisbane, fargene eller flisene på badet kan endres, og det samme med kvaliteten på ventilasjonsanlegget. Det kan også være ønskelig at arbeidsutførelsen endres til en mer moderne teknikk som er tatt i bruk etter at avtaleinngåelsen fant sted. En naturlig språklig forståelse av ytelsens «utførelse» tilsier at det kun kan dreie seg om endringer i arbeidsmetoden. Det taler for at byggherren ikke kan justere tidspunktet for levering ved eksempelvis å forkorte leveringstiden. Denne type endringer trenger dessuten særskilt hjemmel.⁴¹ Endringer i utførelsen som vil påvirke bindende tidsfrister, vil derfor være å tolke begrepet for vidt.⁴²

Det fjerde og siste alternativet i bestemmelsen gir byggherren kompetansen til å foreta endringer som kan innebære at «avtalte ytelser skal utgå». Dersom det er ønskelig kan byggherren altså trekke ut deler av entreprenørens arbeider i kontrakten. Eksempelvis kan det pålegges at takterrassen i blokka som bygges skal utgå, eller at montering av badstue i kjelleren skal kanselleres. Det innebærer samtidig at byggherren kan redusere entreprenørens vederlag. Endringer som medfører at avtalte ytelser skal utgå, har en side mot avbestillingsreglene i pkt. 38.1. Denne siden har imidlertid kun en økonomisk betydning, se nærmere i kapittel 3.2.1 nedenfor.

En alminnelig språklig forståelse av pkt. 22.1 annet ledd gir grunn til å tro at opplistingen av hvilke type endringer som kan pålegges, er uttømmende angitt.⁴³ Med den vide utformingen som ordlyden har, er det på den annen side vanskelig å tenke seg former for endringer av entreprenørens ytelser som ikke er omfattet.

Byggherren kan likevel ikke begrunne en endring med at den endrer arbeidsbeskrivelsen, dersom den i realiteten er ment å endre noe annet. Et eksempel fra rettspraksis illustrerer dette. I lagmannsrettsdommen LB-2001-1369, ble det behandlet en tvist om sluttoppgjøret i forbindelse med oppføringen av en skolebygning i Oslo. Retten behandlet en rekke uenigheter, her-

⁴⁰ I tråd med Nordtvedt mfl. (2013) s. 445 om tilsvarende bestemmelse i NS 8407.

⁴¹ Jf. Barbo (1997) s. 75. Slik hjemmel er gitt i NS 8405 pkt. 22.2.

⁴² Jf. Nordtvedt mfl. (2013) s. 445.

⁴³ Jf. også Kolrud mfl. (2004) s. 225 og Nordtvedt mfl. (2013) s. 444.

under spørsmålet om en reduksjon av omfanget med å høvle og fjerne forurenset pukk utgjorde en endring av det avtalte arbeidet. Avtalen mellom partene var i denne sammenheng regulert av NS 3430, men reglene om reduksjon av arbeidets omfang tilsvarer langt på vei reguleringen i NS 8405, og må derfor antas å gjelde for tilsvarende tilfeller under denne. I entreprisen som foranlediget saken, viste det seg at det ikke var nødvendig å fjerne et så tykt lag (kubikkmeter) med pukk som byggherren hadde forutsatt. Byggherren påla derfor entreprenøren å redusere arbeidene. I anbudsbeskrivelsen var mengden imidlertid angitt i kvadratmeter, og ikke kubikkmeter. Lagmannsretten fant dette avgjørende for vurderingen av endringen og prisen som skulle betales: «Noe grunnlag for [byggherren] til å kreve endring etter NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum foreligger ikke, idet det ikke dreide seg om en reduksjon av arbeidets omfang slik dette var angitt i kontrakten. De tegninger som var framlagt og som angir kotehøyder, endrer ikke lagmannsrettens vurdering».⁴⁴

Dommen viser at arbeidsbeskrivelsen legger føringer på hvilke endringer byggherren kan pålegge. Selv om byggherren etter NS 8405 pkt. 22.1 annet ledd i utgangspunktet har kompetanse til å bestemme at «avtalte ytelser skal utgå», må ytelsene som utgår omfattes av det «avtalte». I dette tilfellet forsøkte byggherren i realiteten å endre vederlagets størrelse, ved å endre omfanget av arbeid som ikke var uttrykkelig angitt i kontrakten. Retten avskjærte derfor forsoket – med rette – ved å vise til at det ikke var grunnlag for endringen.

I pkt. 22.1 fjerde ledd reguleres spørsmålet om når avvik av kontraktens mengdeangivelse på såkalte regulerbare poster utgjør en endring. Bestemmelsen er av betydning for vurderingen av når det foreligger en endring, og kan dermed danne grunnlag for krav på vederlagsjustering og fristforlengelse.⁴⁵ Derimot er bestemmelsen ikke av betydning for hvilken kompetanse byggherren har til å pålegge endringer. Innholdet av denne er derfor ikke relevant for oppgavens tema, og vil ikke bli behandlet nærmere.

⁴⁴ LB-2001-1369 avsnitt 4.3.2.

⁴⁵ Jf. NS 8405 pkt. 24.1 bokstav a og 25.2 bokstav a.

3 Begrensninger i endringskompetansen

Byggherrens kompetanse til ensidig å pålegge entreprenøren endringer, gjelder naturligvis ikke ubetinget. Det ville i mange tilfeller kunne føre til urimelige krav, og i tillegg være svært vanskelig for entreprenørene å forholde seg til. Endringskompetansen er i NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd underlagt både kvalitative og kvantitative begrensninger. Byggherren kan derfor ikke bruke kontraktsforholdet til å foreta endringer av enhver art eller omfang.

Innledningsvis er det verdt å nevne at grensene i utgangspunktet må påberopes av entreprenøren for å få virkning.⁴⁶ En overskridelse av grensene i pkt. 22.1 tredje ledd medfører derfor ikke at endringsordren automatisk blir ugyldig. Dersom entreprenøren ønsker å påta seg endringsarbeidet, kan han derfor unnlate å påberope at byggherren er utenfor sin kompetanse. I praksis brukes grensene langt oftere til å forhandle om høyere betaling, enn til å nekte å utføre arbeidet.⁴⁷ Hvorvidt entreprenøren også har en rett til å utføre endringsarbeidene utenfor grensene, behandles i kapittel 5 nedenfor.

3.1 Kvalitative begrensninger

I pkt. 22.1 tredje ledd første punktum dannes det en saklig ramme for byggherrens materielle endringskompetanse: «En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet». Begrensningen ligger i at det er oppstilt to vilkår som begge må være oppfylt for at byggherren skal kunne pålegge en endring. At vilkårene er kumulative kan leses rett ut av ordlyden som benytter «og» mellom dem.

I det følgende behandles de to vilkårene hver for seg, før det i kapittel 3.1.3 drøftes om det også gjelder andre begrensninger enn det som følger av ordlyden.

3.1.1 Krav til sammenheng

Det første vilkåret etter pkt. 22.1 tredje ledd er at byggherrens endring «må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter». Hvorvidt en endring kan pålegges eller ikke, beror dermed på kontrakten og hva denne omfatter i samsvar med pkt. 3.1. Vurderingen av hva kontrakten omfatter må også leses i lys av hva som er dens objekt og formål.⁴⁸ Problemstillingen blir hvor store krav det stilles til «sammenhengen» mellom ytelsen i kontrakten og ytelsen som pålegges ved endringsordre.

⁴⁶ Jf. Kolrud mfl. (2004) s. 221.

⁴⁷ Jf. Kolrud mfl. (2004) s. 221.

⁴⁸ Jf. Barbo (1997) s. 67.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at endringen har «sammenheng» med kontrakten, dersom den har en forbindelse til eller er en naturlig fortsettelse av de avtalte kontraktarbeidene. Samtidig kan det forstås som at en endring ikke har «sammenheng» med kontrakten dersom endring gjelder arbeid som har karakter av å være et nytt og uavhengig oppdrag. En lignende forståelse fremgår av forarbeidene til endringskompetansen i bustadoppføringslova § 9: «I kravet til sammenheng med den avtalte ytinga, ligg det at forbrukaren ikkje kan krevje utført noko som må reknast som ei ny og sjølvstendig yting».⁴⁹ Formålet med å trekke grensen mot nye og selvstendige ytelser kan begrunnes i at endringen må fremstå som saklig og forutberegnelig for entreprenøren. De samme hensynene gjør seg gjeldende i NS 8405, noe som taler for en analogisk tolkning av «sammenheng». Videre er det få holdepunkter i denne relasjon for å begrense byggherrens kompetanse i en snevrere eller videre utstrekning enn etter bustadoppføringslova. Det naturlige utgangspunktet ved vurderingen av kravet til «sammenheng» etter NS 8405, blir derfor å vurdere om endringen av en avtalt ytelse må anses som en ny og selvstendig ytelse.

Kravet til sammenheng tilsier at byggherren er underlagt visse geografiske begrensninger. Entreprenøren vil dermed ikke bli forpliktet til å utføre arbeid på et helt annet sted enn der de opprinnelige kontraktarbeidene skal utføres. For eksempel vil entreprenøren som har fått i oppdrag å bygge et garasjeanlegg på Bislett, ikke være forpliktet til i stedet å oppføre et garasjeanlegg på Frogner. Dette vil i så fall utgjøre en ny og selvstendig ytelse. Et unntak her vil være hvis det er avtalt at elementer av kontraktarbeidet, som prefabrikasjon og lignende, skal skje et annet sted.⁵⁰ Det kan også være verdt å merke seg at en entreprise kan foregå innenfor et stort geografisk område, eksempelvis ved bygging av veier, toglinjer, flyplasser, store idrettsanlegg og så videre. I slike tilfeller må det nok aksepteres at endringsarbeid kan foregå på hele området, så lenge det har «sammenheng» med kontrakten til den enkelte entreprenør.⁵¹ Hvor stort spillerom byggherren har, vil dermed bero på prosjektets omfang.

Selv om arbeidet foregår i umiddelbar nærhet, kan byggherren heller ikke pålegge endringsarbeid på et annet bygg- eller anleggsprosjekt.⁵² Dersom for eksempel arbeidet gjelder byggingen av et høyfjellshotell, kan ikke byggherren beslutte at entreprenøren skal hjelpe til med å bygge veien utenfor hotellet. Hvis ikke prosjektet omfattes av kontrakten, vil det ikke ha en «sammenheng» med de forpliktelsene entreprenøren har påtatt seg. For en kontrakt som omfatter bygging av flere hytter, vil det derimot trolig ligge innenfor endringskompetansen å

⁴⁹ Jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 49.

⁵⁰ Jf. Barbo (1997) s. 67-68 om NS 3430 og Nordtvedt mfl. (2013) s. 448 om NS 8407.

⁵¹ Se også Marthinussen mfl. (2010) s. 305-306.

⁵² Jf. Sandvik (1977) s. 123 vedrørende reguleringen i NS 3401.

pålegge oppføring av ytterligere en hytte. Det kan hevdes at dette bare utgjøre mengdeendringer, i den forstand at det er en endring av antall hytter som skal bygges.⁵³ Til tross for at endringen i det sistnevnte tilfelle vil ha «sammenheng med det kontrakten omfatter», vil de kvantitative grensene for endringskompetansen være avgjørende for om endringen likevel kan pålegges, se kapittel 3.2 nedenfor.

Videre må det være tilstrekkelig sammenheng mellom det arbeidet som kreves utført og det arbeidet kontrakten gjelder. Entreprenøren som har påtatt seg å male vinduskarmene i en høy-blokk, kan for eksempel ikke pålegges å skifte ut et vindu som viser seg å være knust. Med mindre entreprenøren frivillig påtar seg å gjøre jobben, må byggherren finne noen andre til å skifte vinduet. Tilsvarende avvik mellom sammenhengen i arbeidsbeskrivelsen og endringen kan tenkes, men disse faller mer naturlig inn i behandlingen av bestemmelsens neste vilkår.

3.1.2 Ikke av vesentlig annen art

Det andre vilkåret i pkt. 22.1 tredje ledd er at endringen ikke må være av en «vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet». Utgangspunktet for vurderingen må også her tas i kontrakten og hva denne omfatter. Hva som ellers er «det opprinnelig avtalte arbeidet» må bero på alminnelig avtaletolkning.

Byggherren kan foreta endringer av en annen art, men ikke av en «vesentlig annen art». En naturlig forståelse av den beskrevne begrensningen tilsier at byggherren ikke kan kreve utført arbeid som har en vesentlig annen karakter enn kontraktarbeidet.⁵⁴ Det vil som regel være tilfellet dersom arbeidet som pålegges, er av et helt annet slag eller tilhører et annet fagområde enn det avtalte. Dette er også antatt i teorien.⁵⁵ Entreprenøren som har påtatt seg elektroarbeider, kan for eksempel ikke beordres til å utføre betongarbeidene på bygget. Om tilsvarende krav i bustadoppføringslova § 9, nevner forarbeidene til loven et annet eksempel som kan illustrere begrensningen: «Til dømes kan ikkje ein røyrliggjar som er engasjert for å syte for røyropplegget på kjøkkenet, påleggjast å syte for vasstilførsel til eit symjebasseng eller å tapetsere veggane.»⁵⁶ Hvis det er tilfellet, kan entreprenøren derfor normalt nekte å utføre arbeidet. På større byggeprosjekter vil byggherren normalt ha flere entreprenører for ulike fagdisipliner, hvor både grunnarbeider, snekkerarbeider, elektroarbeider, VVS-arbeider og lignende må utføres. Det er særlig når det foreligger en slik fagoppdeling at begrensningen vil være mest praktisk, ettersom hver entreprenør da har ansvar for sitt fagområde. Noe som står i mot-

⁵³ Jf. Barbo (1997) s. 68.

⁵⁴ En slik forståelse er også lagt til grunn av Kolrud mfl. (2004) s. 222.

⁵⁵ Jf. Sandvik (1977) s. 123, Barbo (1997) s. 68, Kolrud mfl. (2004) s. 222 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283.

⁵⁶ Jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 49.

setning til entreprenøren som påtar seg et mer generelt oppdrag og dermed skal utføre en rekke allsidige oppgaver.

Selv om en endring hører under samme fagområde, vil det likevel kunne være av en «vesentlig annen art» hvis selve arbeidet er så spesielt at det krever særskilt spesialkompetanse.⁵⁷ For eksempel kan entreprenøren som skal føre opp vegger og tak til et hus, normalt ikke kunne pålegges å håndskjære tilhørende stukkatur. På den annen side kan han bli pålagt å oppføre et gjerde rundt husets hage, ettersom det normalt bare vil være av en annen art enn det avtalte arbeidet, og ikke en «vesentlig annen art».

Et spørsmål som kan oppstå er om begrensningen må forstås slik at endringen ikke kan pålegges dersom den gjelder arbeid innenfor samme fagfelt, men som entreprenøren ikke har kunnskap om. Rimelighetshensyn taler for at entreprenøren skal slippe å utføre arbeid som han ikke har fagkunnskap eller kompetanse til å gjennomføre. I teorien har enkelte også hevdet at det avgjørende for hvor grensen går, vil avhenge av det naturlige arbeidsfeltet til den enkelte entreprenør.⁵⁸ En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd, taler imidlertid i motsatt retning. Det avgjørende ved tolkningen av om noe er av en «vesentlig annen art», må i følge ordlyden være hva som er det «opprinnelige avtalte arbeidet». Ordlyden tilsier altså at det ikke skal foretas noen subjektiv vurdering av den enkelte entreprenørs arbeidsfelt. I praksis er det svært vanlig at entreprenører påtar seg arbeider de selv ikke har kompetanse til å utføre, men at forutsetningen da naturligvis er at de hyrer inn kontraktsmedhjelpere med den nødvendige kompetansen.⁵⁹ Etter mitt skjønn bør ordlyden – som for så vidt er rimelig klar – derfor være avgjørende. Vesentlighetskriteriet vil dermed bero på en objektiv vurdering av de arbeidene som entreprenøren har påtatt seg i kontrakten, uavhengig av om entreprenøren har smalere eller bredere kompetanse.⁶⁰

NS 8405 er en utførelseskontrakt, slik at det vanligvis er byggherren som skal stå for prosjektering.⁶¹ Det kan derfor spørres om entreprenøren kan bli pålagt å foreta prosjektering for deler av arbeidet, eller om det vil være en endring av en «vesentlig annen art». Det er kun dersom «beskrivelsen eller andre kontraktsdokumenter fastsetter at entreprenøren skal oppnå et bestemt funksjonskrav for enkelte deler av kontraktarbeidet», at entreprenøren skal forestå nødvendig prosjektering. Dette følger av pkt. 13.1, og det er derfor ikke behov for å ta nærmere stilling til grensen i denne retning.

⁵⁷ Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283.

⁵⁸ Se Sandvik (1977) s. 123 og Marthinussen mfl. (2010) s. 306.

⁵⁹ Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283.

⁶⁰ Tilsvarende Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283.

⁶¹ Jf. NS 8405 pkt. 1.

Ved avgjørelsen av om endringen ligger innenfor de to kvalitative begrensningene som er behandlet, kan det være nærliggende å spørre om endringen er av en slik type og karakter at en alminnelig aktsom entreprenør kunne påregne denne type endringsarbeid.⁶² I NF 05, som er en fabrikkasjonskontrakt for petroleumsvirksomheten, brukes nettopp kriteriet om at endringen må være påregnelig for å avgrense selskapets endringskompetanse. Etter NF 05 artikkel 12.1 tredje ledd har selskapet «ikke rett til å foreskrive endringsarbeider som samlet sett går ut over hva partene med rimelighet kunne regne med da Kontrakten ble inngått». Vurderingen etter denne bestemmelsen er objektiv: Det avgjørende er hva partene med rimelighet kunne regne med, ikke hva de faktisk regnet med.⁶³ Selv om kontraktsteknikken er en annen, vil vurderingen antakelig lede til vesentlig samme resultat som etter NS 8405 pkt. 22.1, hvis det ses bort fra spørsmålet om fremdriftsendringer og endringenes kvantitative omfang.⁶⁴ Partene kan ikke med rimelighet «regne med» endringer som ikke står i sammenheng med det kontrakten omfatter eller som er av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Tilsvarende gjelder etter NF 05, der endringsarbeidene må ligge innenfor «kontraktens generelle ramme».⁶⁵ Følgende eksempel kan benyttes for å illustrere vurderingen: Entreprenøren har påtatt seg å levere og montere låskasser til et nyoppført hotell. Byggherren utsteder senere en endringsordre om at dørene i tillegg skal males om. I dette tilfellet vil det være arbeid som samlet sett går ut over hva entreprenøren «med rimelighet kunne regne med» da kontrakten ble inngått. Samtidig vil det være en endring av en «vesentlig annen art» enn det opprinnelig avtalte arbeidet.

Denne parallellene er ikke ment som et grunnlag for å erstatte vurderingen av de vilkårene som uttrykkelig er nevnt i NS 8405. Ved å stille spørsmålet om entreprenøren med rimelighet kunne regne med endringen da han inngikk kontrakten, vil det i stedet kunne være retningsgivende i vurderingen av om byggherren er innenfor eller utenfor sin endringskompetanse. Endringer ved entreprisekontrakter er imidlertid generelt påregnelige, slik at det skal en del til før dette utgangspunktet kan fravikes.⁶⁶

I enkelte tilfeller kan en endring omfattes av begge de to begrensningene i pkt. 22.1 tredje ledd som her er omtalt. Byggingen av veien utenfor fjellet vil for eksempel være en endring som ikke står i «sammenheng» med byggingen av høyfjellshotellet, men kan også anses som arbeid av en «vesentlig annen art» enn det opprinnelig avtalte. For alle praktiske formål vil

⁶² Et slikt synspunkt er inntatt av Kolrud mfl. (2004) s. 222.

⁶³ Jf. Kaasen (2006) s. 337.

⁶⁴ Se Barbo (1997) s. 68-69 for tilsvarende paralleller mellom NS 3430 og NF 92.

⁶⁵ Jf. Kaasen (2006) s. 336.

⁶⁶ Jf. Kolrud mfl. (2004) s. 222.

sondringen likevel ikke spille noen avgjørende rolle, ettersom vilkårene, som nevnt, er kumulative.

For de tilfellene der det pålegges flere små endringer, som isolert sett ikke omfattes av begrensningene i pkt. 22.1 tredje ledd, blir spørsmålet om disse samlet sett kan falle utenfor byggherrens endringskompetanse. Spørsmålet er med andre ord om virkningen av de ulike endringene er kumulative. Ordlyden gir ikke noe klart bidrag til diskusjonen. Formålsbetraktninger tilsier derimot at endringskompetansen ikke skal kunne utvides gjennom gradvise endringer: Begrensningene er ment for at entreprenørens interesser skal ivaretas, slik at byggherren ikke kan pålegge andre endringer enn det som ligger innenfor begrensningene. Antall endringer vil i så fall være uten betydning, på den måten at byggherren ellers kunne omgått standardens begrensninger ved å pålegge et stort antall endringer som hver for seg lå innenfor grensen. Tilsvarende synspunkt er antatt å gjelde for selskapets endringskompetanse i petroleumsvirksomheten, uten at det er uttrykkelig regulert i standardkontrakten.⁶⁷ Selv om standardkontraktene er ulikt utformet, er formålet det samme – nemlig å hindre at entreprenøren skal kunne pålegges større plikter enn det som følger av endringskompetansen – og derfor bør løsningen være den samme. Dersom det foreligger en forsettlig omgåelse av begrensningene som oppstilles i NS 8405, vil det i tillegg kunne medføre brudd på den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, som også kommer til uttrykk i pkt. 5. Det er likevel ingen gode grunner til å skille vurderingen fra de tilfellene der resultatet ikke stammer fra byggherrens bevisste valg, ettersom det faktisk sett fremdeles vil være en omgåelse av begrensningene og formålet med dem. Etter min oppfatning bør svaret på problemstillingen i begge tilfeller være at det er den samlede effekten som blir avgjørende, slik at byggherren ikke kan få gjennom en endring ved å dele den opp i mindre endringsordre.

3.1.3 Andre kvalitative begrensninger?

I tillegg til vilkårene om at endringen må ha «sammenheng med» og «ikke være av en vesentlig annen art» enn kontraktarbeidene, kan det spørres om det finnes noen kvalitative begrensninger som ikke følger uttrykkelig av endringsreglene i NS 8405. Problemstillingen er med andre ord om standardkontrakten må utfylles med begrensninger som ikke omfattes direkte av ordlyden.

3.1.3.1 Gjennomføringen er fysisk umulig

For det første kan det tenkes den situasjonen der byggherren ønsker en endring innenfor de begrensningene som følger av standarden, men at utføringen av arbeidet fysisk sett ikke lar seg etterleve. En begrensning av denne type endringer finnes ikke i standarden, og det kan til-

⁶⁷ Jf. Kaasen (2006) s. 336-337 vedrørende reguleringen i NF 05 art. 12.1 tredje ledd.

synelatende heller ikke utledes direkte av andre autoritative rettskilder. På den annen side taler reelle hensyn med tyngde for å oppstille en begrensning i slike tilfeller. Det vil være sterkt urimelig, og dessuten være lite hensiktsmessig, dersom byggherren skulle ha kompetanse til å pålegge umulige arbeidsoppgaver – uavhengig av hva som er årsaken til umuligheten. Videre er det i teorien tilknyttet andre standardkontrakter lagt til grunn at det må opereres med en begrensning mot umulige arbeidsoppgaver.⁶⁸ Etter min oppfatning taler derfor gode grunner for at ordlyden bør suppleres med en slik begrensning. En innvending i denne retningen bør likevel påberopes med varsomhet av entreprenøren, med tanke på at han selv bærer risikoen for at den pålagte endringen var umulig å etterleve.⁶⁹ At det er svært vanskelig og ressurskrevende å etterkomme pålegget, er ikke i seg selv tilstrekkelig til at grensen er overskredet.⁷⁰ Da vil entreprenøren i stedet kunne fremsette krav om fristforlengelse og/eller vederlagsjustering etter henholdsvis NS 8405 pkt. 24.1 bokstav a og pkt. 25.2 bokstav a.

3.1.3.2 Ulovlige eller uforsvarlige endringer

For de tilfellene der endringsarbeidene vil lede til overtredelse av krav som følger av lover eller offentlige forskrifter og enkeltvedtak, oppstår det en motstrid mellom disse og byggherrens endringspålegg. Hvis det er tilfellet, er det klart at entreprenøren har rett til å nekte å utføre arbeidet. Dette følger uttrykkelig av NS 8405 pkt. 12.1. Selv om en slik hjemmel ikke fulgte direkte av standarden, ville nok byggherrens endringspålegg likevel måtte vike, siden det neppe kan aksepteres at entreprenøren blir tvunget til lovbrudd. Et slikt standpunkt er også lagt til grunn i teorien vedrørende forgjengeren NS 3430.⁷¹

Dersom endringsarbeidet ikke rammes av regler gitt i eller i medhold av formell lov, kan det spørres om standardens ordlyd må suppleres med en begrensning mot å pålegge endringsarbeider som er uforsvarlige. Som regel vil denne type endringer ikke ha «sammenheng med» eller «være av en vesentlig annen art» enn kontraktarbeidene, og derfor fanges opp av de kontraktfestede begrensningene. Situasjonen er likevel ikke utenkelig. For eksempel ønsker byggherren at tunnelen som skal graves ut bør gå dypere enn først antatt, uten at endringen rammes av standardens begrensninger, men at utførelsen vil utgjøre en fare for helse, miljø eller sikkerhet. Selv om pkt. 22.1 ikke oppstiller en begrensning mot uforsvarlige endringsarbeider, taler reelle hensyn for å innfortolke en begrensning mot slike arbeider i det generelle saklighetskravet som følger av bestemmelsen. I første omgang vil det være hensynet til entreprenørens sikkerhet og helse som kan begrunne en slik regel. Dette gjelder i enda større grad

⁶⁸ Jf. Nordtvedt mfl. (2013) s. 448 vedrørende reguleringen i NS 8407, og tilsvarende Kaasen (2006) s. 337 for NF 05s vedkommende.

⁶⁹ Jf. Nordtvedt mfl. (2013) s. 448.

⁷⁰ Jf. også Nordtvedt mfl. (2013) s. 448 og Kaasen (2006) s. 337.

⁷¹ Jf. Barbo (1997) s. 467 og Kolrud mfl. (1992) s. 52.

der gjennomføringen vil være direkte farlig. Men også der det kun er av hensynet til miljøet at et endringsarbeid ikke bør utføres, vil det være rimelig å operere med en slik begrensning. Til støtte for at disse hensynene bør begrense byggherrens endringskompetanse, kan det vises til pkt. 22.2 som gjelder endringer av fremdriften. Etter bestemmelsens tredje ledd heter det at entreprenørens plikt til forsering eller omlegging bare gjelder «i den utstrekning det kan skje innenfor rammen av en forsvarlig fremdrift». Kravet er særlig ment for å ivareta hensynet til helse, miljø og sikkerhet.⁷² At dette kun følger uttrykkelig av pkt. 22.2 og ikke pkt. 22.1, henger trolig sammen med at kravene til forsvarlige arbeidsvilkår oftere kommer på spissen der entreprenøren skal forsure arbeidene sine. Etter min mening bør det likevel ikke legges avgjørende vekt på at det samme kravet ikke er inntatt i pkt. 22.1. Løsningen i en slik situasjon bør derfor være at byggherrens kompetanse til å foreta endringer av entreprenørens ytelser, begrenses der gjennomføring av endringen er uforsvarlig.

3.1.3.3 Uforholdsmessig ulempe

I bustadoppføringslova § 9 annet ledd finnes det ytterligere en begrensning i adgangen til å pålegge endringer: «Forbrukaren kan likevel ikkje krevje endringar eller tilleggsarbeid dersom dette ville føre til ulemper for entreprenøren som ikkje står i høve til forbrukarens interesse i å krevje endringa eller tilleggsarbeidet». Bestemmelsen innebærer at ulempene for entreprenøren med å utføre endringen må veies mot den interessen forbrukeren har i å få endringen utført.⁷³ Spørsmålet er om en tilsvarende begrensning kan innfortolkes i NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd.

En innfortolkning av en slik begrensning vil på den ene siden kunne begrunnes i rimelighetsbetraktninger. Av ulemper for entreprenøren som kan være relevante, nevner forarbeidene til bustadoppføringslova § 9 «omstende som gjeld entreprenørens produksjonsopplegg, omsyn til andre arbeidsoppdrag eller fare for at entreprenøren ikkje får betaling i rett tid».⁷⁴ Det er altså blant annet disse hensynene som begrensningen skal ivareta. I stor grad vil regelen også være i tråd med de alminnelige begrensningene i adgangen til å kreve naturaloppfyllelse.⁷⁵ På den annen side inneholder ikke bustadoppføringslova en tilsvarende kvantitativ begrensning som NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd.⁷⁶ Som det vil fremgå av kapittel 3.2 nedenfor, kan byggherren som hovedregel ikke pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto av kontraktssummen. Det vil dermed i mye mindre grad oppstå et misforhold mellom entreprenørens ulemper og byggherrens interesser i å kreve endringen oppfylt. Selv om et slikt misforhold

⁷² Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 316 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 288.

⁷³ Jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 49.

⁷⁴ Jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 49.

⁷⁵ Se eksempelvis kjøpsloven § 23 (1), håndverkertjenseteloven § 14 (1) og avhendingslova § 4-2 (1).

⁷⁶ En slik begrensning kan imidlertid avtales av partene, jf. bustadoppføringslova § 9 tredje ledd.

imidlertid kan tenkes, vil det nok tilhøre unntakstilfellene. Ulemper som knytter seg til en «fare for at entreprenøren ikke får betaling i rett tid», avhjelpes dessuten av byggherrens sikkerhetsstillelse på 15 % av kontraktssummen, jf. NS 8405 pkt. 9.3 første ledd. Når byggherrens endringskompetanse allerede er underlagt flere regulerte begrensninger som skal fungere som en rimelig avveining av partenes interesser, vil det trolig ikke være rom for å supplere ordlyden med en begrensning av denne formen. Løsningen er ikke åpenbar, men det følger av det som er sagt, at med mindre partene har avtalt noe annet, bør en motsatt forståelse i så fall presiseres i standardkontrakten eller vedtas av domstolene.⁷⁷

3.1.3.4 Illojal endring

Som nevnt ovenfor i kapittel 2.1 er utgangspunktet at byggherrens formål med en endring er likegyldig. Det kan likevel tenkes at det må oppstilles en begrensning der endringen bærer preg av å være illojal, fordi byggherren ønsker å gi endringsarbeidet til en rimeligere entreprenør. Denne problemstillingen vil bli behandlet i kapittel 5 nedenfor.

3.2 Kvantitative begrensninger

I NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd annet punktum er byggherrens endringskompetanse også underlagt en kvantitativ begrensning: «Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen». Det vil si at selv om de saklige kravene er oppfylt, er det begrenset hvor stort det totale omfanget av endringene kan være. En slik begrensning er rimelig og skaper en viss forutberegnelighet for entreprenøren, ettersom han ellers måtte vært forberedt på å motta ubegrensede store endringspålegg etter at kontrakten var inngått.

Innholdet av begrensningen vil bli redegjort for i kapittel 3.2.1. Deretter vil utfordringer ved beregningen av grensen på 15 % behandles i kapittel 3.2.2. I kapittel 3.2.3 behandles problemstillingen om det gjelder noen unntak fra den kvantitative begrensningen. Muligheten for andre avtaler vil bli omtalt kort i kapittel 3.2.4.

3.2.1 Grensen på 15 %

Utgangspunktet for vurderingen er «kontraktssummen». I henhold til pkt. 2.8 omfatter den det opprinnelige avtalte vederlaget, inkludert merverdiavgift og vederlaget for opprinnelig anslåtte mengder på poster som skal avregnes etter enhetspriser eller på regning. Den nærmere beregningen må altså foretas ved en konkret vurdering av de avtalte og anslåtte vederlagene ved kontraktsinngåelsen. Etter at kontrakten er inngått vil dermed krav på for eksempel vederlags-

⁷⁷ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 284 (petit) går litt i motsatt retning ved å hevde at det «kan imidlertid ikke utelukkes at en slik begrensning må innfortolkes i reglene».

justering etter pkt. 25 eller dagmulkt etter pkt. 34 være uten betydning for denne beregningen – selv om slike krav er av stor betydning for det faktiske oppgjøret som skal foretas mellom partene til slutt.

Reguleringen tar i utgangspunktet kun sikte på å angi en begrensning av endringer som skal ytes i tillegg til det opprinnelige avtalte, jf. ordlyden «tillegg til kontraktssummen». Det vil si at byggherren bare er begrenset til å øke entreprenørens ytelser. Her må det presiseres at begrensningen knytter seg til entreprenørens vederlagskrav for endringene, og ikke det faktiske omfanget av ytelsene. Når det gjelder reduksjoner av entreprenørens ytelser – ved såkalte negative endringer – har dette en side mot avbestillingsreglene. Byggherren er i pkt. 38.1 første ledd gitt «rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet». Det foreligger altså ingen nedre grense for byggherrens kompetanse til å redusere kontraktarbeidet ved å beslutte at avtalte ytelser skal utgå. Derimot er størrelsen på reduksjonen avgjørende for om den skal behandles etter avbestillingsreglene eller endringsreglene. Etter pkt. 38.1 tredje ledd skal en reduksjon av entreprenørens samlede vederlag ved endringsarbeider som er «mindre enn 15 % av kontraktssummen», alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir «15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling».⁷⁸ Skillet mellom endringer og avbestilling har betydning for det økonomiske oppgjøret, ettersom entreprenøren har krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider dersom reduksjonen anses som en avbestilling.⁷⁹ Derimot er skillet uten betydning for byggherrens kompetanse til å redusere entreprenørens ytelsesplikt.⁸⁰

Begrensningen gjelder «netto» tillegg til kontraktssummen. Det innebærer at det må foretas en nettoberegning, hvor alle endringer – både tillegg og fradrag – ses under ett. Dette åpner for at byggherren får større handlingsrom enn han ellers ville ha hatt: Dersom han ved en negativ endring for eksempel trekker ut arbeider på til sammen 10 % av kontraktssummen, åpnes det et tilsvarende handlingsrom i positiv retning. Da vil byggherren få en adgang til å pålegge én eller flere endringer på til sammen 25 % av kontraktssummens verdi. Slik sett har byggherren en viss mulighet til å påvirke endringsmulighetene sine, og kan sikre fortsatt endringskompetanse i en situasjon hvor denne er i ferd med å brukes opp eller i utgangspunktet er brukt opp.⁸¹ Det er verdt å merke seg at samtlige kostnader tilknyttet en endring inngår i beregningsgrunnlaget for 15 % -regelen, slik at for eksempel forseringskostnader etter pkt. 22.2 også må regnes med.⁸²

⁷⁸ Jf. NS 8405 pkt. 38.1 tredje ledd, siste punktum.

⁷⁹ Jf. NS 8405 pkt. 38.1 fjerde ledd.

⁸⁰ Tilsvarende Barbo (1997) s. 81 (petit).

⁸¹ Jf. Nordtvedt mfl. (2013) s. 449.

⁸² Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 307.

At grensen på 15 % knytter seg til det samlede tilleggssarbeidet, innebærer også at det er uten betydning om alle tilleggssarbeidene er kommet på ett område, eller innenfor én arbeidsdisiplin, slik at denne delen har økt med for eksempel 80 % prosent. Det avgjørende er at tilleggssarbeidene samlet sett ikke utgjør mer enn 15 % av avtalt kontraktssum, med fradrag for eventuelle reduksjoner.⁸³ Fraværet av særskilte begrensninger for endringskompetansen innen den enkelte arbeidsdisiplin eller arbeidsområder, bidrar til å øke byggherrens handlingsrom, men kan by på problemer for entreprenøren. Hvis endringspåleggene kommer på et arbeidsområde der entreprenøren må få utført arbeidene ved å gi tilsvarende endringsordre til sine underentreprenører, kan det lett tenkes at endringskompetansen blir overskredet i dette leddet.⁸⁴ Selv om problemet ikke påvirker byggherren direkte, kan det medføre forsinkelser hvis underentreprenøren nekter å utføre arbeidene fordi entreprenøren overskrider sin endringskompetanse. Dette er noe byggherren kan ta i betraktning hvis endringen for eksempel kan fordeles mellom flere entreprenører.

En forutsetning for byggherrens handlingsrom til å pålegge endringer som isolert sett overskrider 15 % -grensen, er at det i forkant av endringen er foretatt tilstrekkelige reduksjoner av arbeidsomfanget. Det er situasjonen når endringen pålegges som er avgjørende i relasjon til 15 % -grensen.⁸⁵ Derfor spiller det ingen rolle om byggherren senere planlegger å foreta reduksjoner av arbeidsomfanget, slik at netto tillegg i ettertid blir lavere enn 15 %. Nettopperegningen medfører riktig nok at det først er ved sluttoppgjøret man vil se den endelige summen av alle endringene, men grensen må altså vurderes for hver enkelt endring som ønskes pålagt – gjennom hele prosjektet. Hvis det først ved sluttoppgjøret viser seg at byggherren har pålagt endringer som til sammen har overskredet 15 % -regelen, og disse allerede er utført, nevner ikke standarden andre konsekvenser enn at entreprenøren har krav på vederlagsjustering etter pkt. 25.2 bokstav a. Underveis i prosjektet derimot, vil begrensningen fungere som en skranke for entreprenørens naturaloppfyllelesplikt, og det er nettopp i disse tilfellene at den er av betydning for byggherrens endringskompetanse.

3.2.2 Utfordringer ved beregningen av 15 % -grensen

3.2.2.1 Opsjoner

I tilbudsfasen av et byggeprosjekt kan byggherren be entreprenøren om priser på ulike ytelser, som det ikke er sikkert at vil bli bestilt. Byggherren får da en rett, men ikke en plikt, til å bestille disse arbeidene på nærmere vilkår, for eksempel innen en tidsfrist. Den rettslige beteg-

⁸³ Jf. Kolrud mfl. (2004) s. 222.

⁸⁴ Se også Barbo (1997) s. 81.

⁸⁵ Jf. Kolrud mfl. (2004) s. 223.

nelsen på denne retten er opsjoner. Spørsmålet er hvordan slike opsjoner påvirker beregningen av 15 % -grensen.

For det første kan byggherren velge å benytte opsjonen før eller i forbindelse med kontraktsinngåelsen. I praksis vil det si at det arbeidet som opsjonen omfatter, gjøres til en del av entreprenørens kontraktsforpliktelser. Opsjonen vil dermed inngå i kontrakten på lik linje med annet kontraktarbeid, og sånn sett er det egentlig ikke tale om en avtalerettslig opsjon lenger. Det som før kontraktsinngåelsen var en opsjon må derfor inngå i fastsettelsen av den avtalte kontraktssummen, og dermed som en del av beregningsgrunnlaget for byggherrens endringskompetanse.⁸⁶ Det innebærer at byggherren senere for eksempel kan avbestille hele eller deler av opsjonen, for så å kunne pålegge andre endringer til tilsvarende verdi, jf. regelen om at alle endringer skal beregnes netto.

Dersom byggherren velger å benytte opsjonen etter kontraktsinngåelsen, er løsningen mindre klar. I utgangspunktet vil arbeider som ikke omfattes av entreprenørens opprinnelige kontraktsforpliktelser, men som byggherren senere ønsker utført, anses som endringsarbeider. Siden alle endringsarbeider skal telle med i beregningen av 15 % -grensen, må dette normalt også gjelde endringsarbeider som avledes fra en opsjon. For eksempel kan det være avtalt at entreprenøren skal levere et fotballstadion med naturgress, samtidig som det er inntatt en opsjon for levering av kunstgress. I så fall vil byggherren, om han underveis i prosjektet velger å endre til kunstgress, måtte bruke av sin endringskompetanse. Det naturlige vil da være å anse opsjonen som en oppgitt forhåndspris på et tilleggsarbeid, slik at utførelsen av kunstgresset skal inngå som en del av netto endringsarbeider. Situasjonen kan imidlertid være at partene har ment å avtale at opsjonen skal regnes som en selvstendig avtale. I teorien nevnes et eksempel av Nordtvedt mfl. der kontrakten regulerer to likeverdige byggetrinn 1 og 2 som begge har en verdi på 100 MNOK.⁸⁷ Eksempelen benyttes til å argumentere for at opsjonen i en slik situasjon ikke bør påvirke byggherrens endringskompetanse. Hvis den gjør det vil konsekvensen være at byggherren overhodet ikke har igjen noen endringskompetanse, verken for byggetrinn 1 eller 2. Eksempelen er godt egnet til å belyse et problem som kan oppstå dersom en opsjonsutløsning etter kontraktsinngåelsen alltid skal påvirke endringskompetansen. Reelle hensyn kan også støtte en slik løsning, i den forstand at en opsjon som ikke bare vil avskjære hele byggherrens endringskompetanse, men også overskride kompetansens grenser, vil være en opsjon som i praksis ikke kan benyttes. Samtidig er det heller ingen viktige hensyn som tilsier en annen løsning enn det partene må antas å ha ment. Løsningen bør derfor være opsjonen ikke påvirker byggherrens endringskompetanse etter NS 8405, dersom opsjonen er å anse

⁸⁶ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 307, og Nordtvedt mfl. (2013) s. 450 om forholdet mellom opsjoner og endringskompetansen i NS 8407.

⁸⁷ Se Nordtvedt mfl. (2013) s. 450.

som en selvstendig avtale med tilhørende selvstendig endringskompetanse.⁸⁸ Hvorvidt en opsjonsutløsning reduserer byggherrens endringskompetanse eller må vurderes som en selvstendig bestilling, må dermed bero på en tolkning av opsjonsavtalen og avtaleforholdet ellers, med utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper.⁸⁹

3.2.2.2 *Uspesifiserte arbeidsposter*

Før kontraktsinngåelsen vil byggherren som regel være klar over både sitt behov for å foreta endringer underveis i prosjektet og sine begrensninger etter 15 % -regelen. Det kan da tenkes at han på forhånd forsøker å utvide handlingsrommet til å pålegge endringer, uten at dette er klart avtalt. Spørsmålet er hvordan slike forsøk skal påvirke beregningen av 15 % -grensen.

En reguleringsteknikk byggherren kan benytte seg av for å utvide sitt handlingsrom, er ved å operere med en «regningsarbeidspost» i kontrakten: Byggherren kan legge inn en relativt uspesifisert post med arbeider som skal avregnes på regning, som da gjerne er tenkt å bli benyttet løpende i kontraktperioden ved behov.⁹⁰ Det kan for eksempel legges inn et visst antall timer arbeid som skal avregnes etter angitte timepriser. Bruken av denne teknikken vil kunne gi byggherren et handlingsrom med en slags dobbel effekt, ved at han både får et større handlingsrom til å pålegge endringer og at verdien av mengdene til posten vil inngå i beregningsgrunnlaget for byggherrens endringskompetanse.⁹¹ Ved vurderingen av hvordan denne og lignende, uspesifiserte arbeidsposter vil påvirke beregningen av 15 % -grensen, er det – av mangel på andre holdepunkter – nærliggende å ta utgangspunkt i byggherrens formål med arbeidsposten.

Dersom formålet med arbeidsposten er forutsatt for en mer eller mindre konkret del av byggeprosjektet, uten at det ved kontraktsinngåelsen er helt klart hvor mye eller hva som kreves, vil det være rimelig å godta bruken av en slik post. Tidlig i byggeprosjektet er det fortsatt mye som er uklart,⁹² så reelle hensyn taler derfor for at en del usikkerhet og antakelser tilknyttet den enkelte arbeidspost bør aksepteres. Arbeider som byggherren senere pålegger entreprenøren ved å henvise til arbeidsposten i kontrakten, vil i så fall inngå som en del av de opprinnelige arbeidene, slik at disse arbeidene ikke påvirker byggherrens kompetanse til å påleg-

⁸⁸ I tråd med drøftelsen til Nordtvedt mfl. (2013) s. 450. Marthinussen mfl. (2010) s. 307 synes ikke å operere med en slik nyansering, idet det legges til grunn at alle opsjonsarbeider må medregnes i 15 % -tillegget.

⁸⁹ Jf. også Nordtvedt mfl. (2013) s. 450.

⁹⁰ Andre teknikker for å oppnå den effekten det her er tale om kan nok tenkes. Drøftelsen vil i så fall kunne være relevant for disse også.

⁹¹ Reguleringsteknikken og dens effekt er hentet fra et eksempel i Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 285 (petit).

⁹² Jf. kapittel 1.2 ovenfor.

ge endringsarbeid. En forutsetning er da naturligvis at arbeidene er forenelige med det arbeidsposten var ment for.

Samtidig tilsier byggherrens alminnelige lojalitetsplikt at det må trekkes en grense for hvor uspesifisert formålet med arbeidsposten kan være. Dersom byggherren inntar en rekke uspesifiserte arbeidsposter kun i den hensikt å skape et større handlingsrom til å pålegge endringer, vil det i praksis være en omgåelse av standardens begrensninger. Formålet med begrensningen er å ivareta entreprenørens interesser, så et forsøk på å omgå de fastsatte begrensningene vil være i strid med dette formålet. Det vil dessuten trolig anses som illojalt bruk av arbeidspostene, og avtalen vil stå i fare for sensurering etter avtaleloven § 36. Dersom det ikke aksepteres at arbeidspostene benyttes, blir konsekvensen at arbeider som byggherren underveis i prosjektet ønsker å tillegge disse postene, i stedet karakteriseres som endringsarbeid. Med andre ord vil arbeidet som ønskes utført måtte medregnes i beregningsgrunnlaget for 15 % -grensen. Hvis dette ikke skulle være løsningen, ville standardens begrensninger ikke være særlig effektive. Spørsmålet er visst nok ikke avklart i rettspraksis, men etter mitt skjønn bør konklusjonen være at helt uspesifiserte arbeidsposter ikke kan godtas.⁹³ Hvilke uspesifiserte poster som i det enkelte tilfellet ikke kan godtas, må i så fall bero en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor byggherrens formål vil være et tungtveiende moment.

3.2.2.3 Uklarheter og uenigheter i forbindelse med de enkelte endringene

Som nevnt i kapittel 3.2.1 ovenfor må beregningen av om 15 % -grensen er overskredet eller ikke, foretas fortløpende og i relasjon til den enkelte endringen som ønskes pålagt. Det kan by på en rekke praktiske utfordringer når partene kontinuerlig gjennom byggeprosessen må vurdere hva og hvor mye som skal medgå i beregningen. For eksempel kan det være uenighet tilknyttet vederlaget på endringen som ønskes utført: Hvis byggherrens oppfatning av pris legges til grunn, så er den under 15 % -grensen, mens endringen er over 15 % -grensen dersom entreprenørens pris legges til grunn. Det kan også være usikkerhet i forbindelse med omstridte endringer tidligere i prosjektet: Dersom det tidligere arbeidet ikke utgjør en endring, vil byggherren nå være innenfor grensen, mens det motsatte er tilfellet hvis det må anses som en endring. Det samme gjelder om partene er enige at tidligere arbeid utgjør en endring, men de er uenige i størrelsen på vederlagskravet. Eller det kan være uenighet om entreprenøren har overholdt sine varslingsplikter ved påberopelsen av at et pålegg utgjorde en endring, eller varslingsplikten ved krav på vederlagsjustering.⁹⁴

⁹³ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 285 (petit) lar spørsmålet stå mer åpent ved å si at «hvordan forholdet mellom slik regulering og kontraktens endringsregler skal forstås, kan nok undertiden by på tvil».

⁹⁴ Se henholdsvis NS 8405 pkt. 23.2 og pkt. 25.3.

Disse utfordringene må løses gjennom en konkret tolkning av kontraktsdokumentene og de faktiske forholdene. For eksempel ved vurdering av om en ytelse utgjør et endringsarbeid, må det foretas en sammenligning mellom den utførte ytelsen og det som fremgår av den opprinnelige arbeidsbeskrivelsen. Ved beregningen av vederlagskravet til entreprenøren, må det på samme måte foretas en sammenligning mellom hvor mye som utgjør endringsarbeid og hva kontraktsdokumentene sier om vederlagsberegningen for de enkelte arbeidene. Om en varslingsfrist er overholdt vil bero på en alminnelig tolkning av vilkårene i varslingsplikten og hvorvidt disse er oppfylt eller ikke. Tilsvarende vurderinger må gjøres for andre uklarheter.

At de ulike forholdene kan by på utfordringer ved beregningen av om et endringspålegg er innenfor eller utenfor 15 % -grensen, betyr bare at det faktisk kan bli vanskelig å vite når entreprenøren når grensen. Det at entreprenøren ikke vet, har derimot ingen betydning for når han kan nekte å utføre ytterligere arbeid.⁹⁵ Slike utfordringer kan imidlertid føre til uenigheter mellom partene. Spørsmålet i denne sammenheng blir hvordan slike uenigheter skal håndteres.

Utgangspunktet når byggherren krever utført endringsarbeid som medfører et tilleggskrav på mer enn netto 15 % av kontraktssummen, er at entreprenøren kan nekte å utføre disse arbeidene.⁹⁶ Entreprenøren plikter likevel å gjennomføre endringsarbeidet opp til 15 %, forutsatt at det kan deles opp. Kan arbeidet ikke deles, vil entreprenøren ikke være forpliktet til å utføre noen del av det.⁹⁷

For å unngå at fremdriften stopper opp ved tilfeller om partsuenighet, inneholder bestemmelsen i pkt. 26.1 regler om at byggherren kan pålegge entreprenøren en utførelsesplikt. Denne gjelder imidlertid kun uenigheter om en ytelse er å anse som en endring, samt uenigheter om størrelsen på fristforlengelse og vederlagsjustering.⁹⁸ En tilsvarende utførelsesplikt gjelder derimot ikke ved uenigheter i forbindelse med byggherrens materielle endringskompetanse og hvorvidt han er innenfor kompetansens grenser. Partene bør derfor søke å komme frem til en minnelig løsning hvor de blir enige om på hvilke betingelser arbeidene skal utføres. Hvis partene ikke blir enige om en ny avtale – entreprenøren krever for eksempel større vederlag eller mer tid enn byggherren vil akseptere – må tvisten løses gjennom de alternative tvisteløsningene som fremgår av pkt. 43. I ytterste konsekvens må partene vente på at tvisten blir løst ved domstol eller voldgift. Inntil avgjørelse av tvisten foreligger, vil entreprenøren kunne nekte å etterkomme endringspålegget dersom han mener at byggherren er utenfor sin kompetanse.

⁹⁵ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 309.

⁹⁶ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 309.

⁹⁷ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 310.

⁹⁸ Se NS 8405 pkt. 26.1 første ledd.

Det er imidlertid verdt å merke seg at hver av partene, her som ellers, må bære risikoen av sine egne forutsetninger.⁹⁹ Entreprenøren vil dermed kunne ende opp med å holdes ansvarlig for de tapene som byggherren lider som følge av at prosjektet eventuelt stopper opp, hvis det senere viser seg at byggherren likevel var innenfor grensene av sin kompetanse.¹⁰⁰ Derfor bør entreprenøren være rimelig sikker i sin beregning før han nekter å etterkomme et endringspålegg som han mener ligger utenfor 15 % -grensen.

På denne bakgrunn ser vi at rent faktisk vil det normalt være større risiko for entreprenøren at det oppstår en uenighet når han påberoper seg at grensen er overskredet. Hvis begge parter vil at entreprenøren skal utføre endringen, men uenigheten ligger i prisen, kan partene som en alternativ løsning, bli enige om priser som skal gjelder hvis det senere viser at arbeidet lå utenfor byggherrens endringskompetanse. Prosjektet stopper dermed ikke opp mens de venter på å få avgjort spørsmålet om endringen er innenfor eller utenfor 15 % -grensen.

3.2.3 Er den kvantitative grensen absolutt?

Som nevnt innledningsvis i kapittel 1.3 er endringsreglene, herunder begrensningene i pkt. 22.1 tredje ledd, først og fremst beregnet på byggherrens tilskattede og ønskede endringer. I teorien er det likevel forutsatt at utenforliggende forhold kan påvirke byggherrens materielle endringskompetanse.¹⁰¹ Også her vil en slik forutsetning legges til grunn. Problemstillingen blir om utenforliggende forhold kan lede til unntak fra standardens kvantitative begrensning.¹⁰²

Følgende situasjon kan tenkes: Byggherren har brukt opp sin endringskompetanse ved å pålegge ulike endringer opp til 15 % -grensen, så viser det seg at grunnforholdene der deler av byggeobjektet skal stå, ikke lenger samsvarer med prosjekteringen. Av sikkerhetsmessige årsaker blir det nødvendig å grave dypere enn først antatt. For at byggeobjektet i det hele tatt skal kunne oppføres, må følgelig omfanget av gravearbeidene økes. Byggherren har dermed i praksis ikke noen annen valgmulighet enn å foreta prosjektendringer. Riktig nok kan byggherren redusere omfanget av andre ytelser for å øke endringskompetansen sin. Men dersom det

⁹⁹ Jf. eksempelvis Rt. 2002 s. 1110 (på side 1118), hvor det legges til grunn at hver av partene normalt må bære risikoen for sine egne forutsetninger.

¹⁰⁰ Jf. eksempelvis Rt. 1983 s. 205 (på side 212) hvor det sies at mislighold som skyldes en uriktig oppfatning av kontraktsplikten, vanligvis anses erstatningsbetingende. Se også Marthinussen mfl. (2010) s. 309 og Kolrud mfl. (2004) s. 223.

¹⁰¹ Jf. Barbo (1997) s. 84 (petit).

¹⁰² I prinsippet vil drøftelsen også kunne gjøres for de kvalitative begrensningene. Ettersom de kvalitative begrensningene har til formål å hindre at entreprenøren må utføre arbeid som ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktarbeidene, vil det imidlertid ikke bli like naturlig å oppstille samme unntak for disse. Det vil derfor være for de kvantitative begrensningene at spørsmålet her kommer på spissen.

av ulike grunner ikke lar seg gjøre, oppstår motstriden mellom entreprenørens rett til å nekte å etterkomme endringen og det åpenbare behovet for å gjennomføre endringen.

Unntak fra reguleringen i pkt. 22.1 tredje ledd kan ikke forankres i standarden eller i andre autorative rettskilder. I situasjoner «der det er nødvendig med en omlegging av entreprenørens ytelse for at prosjektet skal kunne gjennomføres» anføres det i teorien at unntak likevel kan gjelde.¹⁰³ Vilkårene for et sânt unntak er at det er av «vesentlig betydning» for byggherren at arbeidene utføres, og at det «ikke påfører entreprenøren en urimelig ulempe».¹⁰⁴ Det er her grunn til å se nærmere på de reelle hensynene som eventuelt kan begrunne dette unntaket.

Hensynet til byggherrens økonomiske og faktiske behov for å få hjelp til å gjennomføre resten av byggeprosjektet i den skisserte situasjonen ovenfor, taler sterkt for å pålegge entreprenøren en plikt til utføre endringene. På den økonomiske siden vil det kunne få fatale konsekvenser for byggherren om prosjektet blir forsinket eller ikke lar seg fullføre. Byggherren vil normalt ha investert mye ressurser i byggeprosjektet, og store verdier står på spill. I tillegg kan det medføre erstatningskrav fra både andre aktører i prosjektet og fra sluttbrukeren av byggeobjektet. På den faktiske siden kan det være at vedkommende entreprenør er den eneste med tilstrekkelig kunnskap til å utføre arbeidene, slik at byggeobjektet ikke vil bli fullført uten entreprenørens hjelp. I et større perspektiv taler derfor også samfunnsøkonomiske hensyn for en slik plikt, ettersom det vil være lite heldig og dårlig bruk av ressurser om oppføringen av byggeprosjekter ender med å stå halvferdige i lang tid. Dette er naturligvis noe som i størst mulig grad bør unngås. Samlet sett vil det altså være av «vesentlig betydning» for byggherren at arbeidene utføres.

For å ivareta de hensynene som gjør seg gjeldende, vil en slik plikt i så fall kunne forankres i entreprenørens alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold, jf. også bestemmelsen i pkt. 5. Entreprenøren har en lojalitetsplikt overfor byggherren, ikke bare ved avtaleinngåelsen, men under hele gangen i prosjektet. I rimelig grad plikter denne derfor å ta hensyn til byggherrens interesser. På den annen side må det av hensyn til entreprenøren trekkes en grense for hvor omfattende lojalitetsplikten skal rekke. Entreprenøren må i første rekke ivareta egne interesser. Det kan derfor ikke kreves urimelige oppofrelser fra entreprenøren. Eller med andre ord så kan arbeidet «ikke påføre entreprenøren en urimelig ulempe». I tillegg må han selvsagt ha vederlag for endringsarbeidene også utover 15 % -grensen.

¹⁰³ Jf. Barbo (1997) s. 84-86 vedrørende reguleringen i NS 3430 og 15 % -regelen i dens pkt. 28.1 annet ledd.

¹⁰⁴ Jf. Barbo (1997) s. 85.

Ut fra de momentene som gjør seg gjeldende i vurderingene av om NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd bør være absolutt, er det etter mitt skjønn god grunn til å operere med unntak «der det er nødvendig med en omlegging av entreprenørens ytelse for at prosjektet skal kunne gjennomføres». Det er likevel ikke grunnlag for å benytte seg av snevrere eller videre vilkår enn de som oppstilles i teorien, slik at kravet må være at det er av «vesentlig betydning» for byggherren at arbeidene utføres, og at det «ikke påfører entreprenøren en urimelig ulempe». Men det kan legges til at listen for å oppstille et unntak utenfor byggherrens begrensninger, bør settes høyt. Hvis ikke vil standardens begrensning fort fremstå som illusorisk ved at byggherren i praksis alltid påberoper unntaket som grunnlag for å sette begrensningen til side. Det må også legges til at det som etter mitt syn bør være løsningen i en situasjon hvor det er påkrevd med endringer, ikke kan forstås som et generelt tillegg til byggherrens endringskompetanse, men som et unntak fra kontraktens begrensning når grensen allerede er nådd. Det vil si at nødvendige endringer innenfor den kvantitative kompetansesgrensen, på normalt vis reduserer byggherrens handlingsrom til å pålegge andre, frivillige endringer.¹⁰⁵

Dersom det legges til grunn at entreprenøren får en kontraktsrettslig plikt til å utføre arbeidene i de situasjonene der endingen anses «nødvendig» og vilkårene ellers er oppfylt, vil byggherren likevel ha vanskelig for tvinge entreprenøren til å arbeide mot hans vilje. Etter hovedregelen i norsk kontraktsrett kan byggherren riktig nok kreve at entreprenøren gjennomfører sine forpliktelser *in natura*, ved eventuelt å få dom for kravet og søke det tvangsgjennomført.¹⁰⁶ Imidlertid vil byggherren i slike tilfeller normalt heller se seg tjent med å kreve erstatning for tapet han lider, og eventuelt også heve kontrakten.¹⁰⁷ Adgangen til å kunne pålegge entreprenøren en arbeidsplikt – både her og ellers – vil i så fall ha betydning for byggherrens adgang til å kreve erstatning av entreprenøren og erstatningsansvarets omfang.¹⁰⁸ Om ikke annet så vil iallfall byggherrens økonomiske interesser bli ivaretatt i en slik situasjon. For å unngå et erstatningsansvar, vil entreprenøren derfor gjøre lurt i å følge pålegget – selv om byggherren i utgangspunktet er utenfor sin materielle endringskompetanse.

3.2.4 Avtaler om andre grenser

Bestemmelsen i pkt. 22.1 tredje ledd åpner uttrykkelig for at partene kan avtale en annen grense enn den på 15 %, jf. ordlyden «[e]r ikke annet avtalt». Dette er ikke så uvanlig, og gjøres gjerne ved at endringskompetansen utvides til en større relativ andel av kontraktssummen.¹⁰⁹ Enkelte store byggherrer, blant annet offentlige byggherrer, har for eksempel en

¹⁰⁵ I tråd med forutsetningen i Barbo (1997) s. 86 (petit).

¹⁰⁶ Jf. Simonsen (1999) s. 358 med henvisninger.

¹⁰⁷ Se NS 8405 pkt. 39.1 flg.

¹⁰⁸ Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 347 flg. om naturaloppfyllelseskrav.

¹⁰⁹ Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 284-285.

høyere grense i sine standardmaler. Det kan her vises til Statsbyggs standardiserte avvik fra NS 8405, hvor det fremkommer at endringskompetansen i stedet skal være 25 % av kontraktssummen.¹¹⁰

Selv om det ikke uttrykkelig er avtalt, kan en omlegging av kontraktsforholdet etter omstendighetene også innebære at partene må anses å ha avtalt seg bort fra 15 % -grensen. Det var tilfellet i en dom fra LB-2000-1297, som gjaldt 15 % -grensen i NS 3430 pkt. 28.1, men som må antas også å ville gjelde for tilsvarende tilfeller under NS 8405. Saken gjaldt montering og fugging av glasspaneler på Gardermoen hovedflyplass, der arbeidet ble avbrutt av entreprenøren som hadde påtatt seg oppdraget. Entreprenøren anførte blant annet at han ikke pliktet å utføre mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Lagmannsretten kom imidlertid til at kontraktsforholdet var omdefinert og endret i gjennomføringen av kontraktsløpet, og at partene gjennom sin opptreden hadde innrettet seg etter dette. Det ble i denne sammenheng uttalt følgende: «Lagmannsretten er ovenfor kommet til at [partene] var enige om og hadde innrettet seg etter en omdefinering og utvidelse av kontraktsforpliktelsene, og da er man utenfor bestemmelsen i punkt 28.1». Med andre ord ble partene ansett for å ha avtalt seg bort fra den opprinnelige kontrakten, og entreprenøren kunne da ikke høres med at 15 % -grensen sperret for plikten til å utføre arbeidet.

Uavhengig av hvilken prosentsats det opereres med, vil byggherrens materielle endringskompetanse være underlagt en kvantitativ begrensning. For avtaler som avviker med NS 8405, må vurderingen imidlertid knytte seg til grensene i den enkelte avtalen.

¹¹⁰ Jf. «Blåboka» s. 11.

4 Når gjelder endringskompetansen?

4.1 Kontraktsperioden som ramme

Spørsmålet om når byggherrens endringskompetanse foreligger, er ikke uttrykkelig regulert i NS 8405. Byggherrens endringskompetanse følger imidlertid av reglene i standardkontrakten, slik at kompetansen konstitueres først når denne inntas som en del av kontrakten som inngås av partene. Endringskompetansen gjelder derfor fra det tidspunktet kontrakten blir bindende mellom partene.¹¹¹ Her kan det likevel være grunnlag for en nyansering. Entreprenørens ytelsesplikt foreligger ikke før de ordinære arbeidene etter kontrakten skal igangsettes. Som oftest vil de kvalitative begrensningene i endringskompetansen også gjøre at entreprenøren ikke plikter å iverksette endringsarbeid før dette tidspunktet.¹¹² Dermed kan det oppstå en tidsperiode hvor det foreligger en rett til å pålegge endringer, men hvor entreprenørens utførelsesplikt ikke inntreffer før senere.

Når arbeidene har tatt til, vil endringskompetansen gjelde i hele byggeperioden, ettersom standarden ikke begrenser når eller hvor ofte kompetansen kan benyttes. En endring som kommer mot slutten av byggeprosjektet, kan på den annen side være mer krevende enn dersom tilsvarende endring kom tidligere. I så fall vil det kunne gi entreprenøren krav på mer tid og høyere vederlag.¹¹³ Dersom vederlagskravet øker, vil dette medføre at 15 % -grensen i pkt. 22.1 tredje ledd nås raskere. Rent faktisk vil endringskompetanse dermed kunne være mer begrenset sent i byggeperioden.

Spørsmålet er så når endringskompetansen opphører. Byggeperioden vil normalt være over når entreprenøren har ferdigstilt sitt arbeid. Kontraktarbeidet overtas deretter av byggherren, og risikoen for kontraktarbeidet går over fra entreprenøren til byggherren.¹¹⁴ Siden endringsarbeider utgjør en del av entreprenørens kontraktsforpliktelser, på linje med de opprinnelige forpliktelsene, tilsier dette at byggherren ikke kan endre innholdet av disse forpliktelsene etter risikoovergangen.¹¹⁵ Reelle hensyn taler også for en slik løsning, ved at det rimeligvis må være en slutt på entreprenørens ytelsesplikt når hans hovedforpliktelser etter kontrakten er oppfylt. Utgangspunktet vil derfor være at endringskompetansen opphører når risikoen for

¹¹¹ Jf. også Barbo (1997) s. 86, Marthinussen mfl. (2010) s. 308, Nordtvedt mfl. (2013) s. 443 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 282.

¹¹² Tilsvarende Barbo (1997) s. 86 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 282.

¹¹³ Se NS 8405 pkt. 24.1 bokstav a og pkt. 25.2 bokstav a.

¹¹⁴ Se NS 8405 pkt. 32 for regler om overtakelse og pkt. 17 om risikofordelingen.

¹¹⁵ Jf. Barbo (1997) s. 87.

kontraktarbeidene går over på byggherren, som normalt vil være ved overtakelsen.¹¹⁶ Det siktes her til det tidspunktet der overtakelsen faktisk skjer. Den avtalte ferdigstillelsesfristen, eventuelt justert ved fristforlengelse, er altså ikke avgjørende. Byggherren kan dermed pålegge endringer også i en forsinkelsesperiode der det løper dagmulkt.¹¹⁷ Siden endringsbehovet kan være betydelig i en slik periode, og i mangel på andre holderpunkter, er det heller ingen grunn til at endringskompetansen skal gjelde i noen mindre grad under forsinkelsen. På den annen side vil det etter faktisk overtakelse vanligvis ikke være adgang til å pålegge entreprenøren endringer på det som er overtatt, med mindre annet er avtalt. For at begrensningen skal få noen reell virkning, må det også innebære at byggherren ikke kan utstede endringsordrer før overtakelsen, men som entreprenøren først skal iverksette etter overtakelsen.

4.2 Endringspålegg etter overtakelse

4.2.1 Utsatt overtakelse for deler av arbeidet

Utgangspunktet er som vi har sett, at byggherren ikke har noen endringskompetanse etter overtakelsen. Selv om sluttfristen for kontraktarbeidene er nådd og det gjennomføres formell overtakelse,¹¹⁸ vil partene kunne avtale at enkelte arbeider utsettes til etter overtakelsen. En slik løsning er indirekte forutsatt i pkt. 36.7 fjerde ledd, som gjelder reklamasjon i tiden etter overtakelsen: «Utføres deler av kontraktarbeidet etter overtakelsen, løper reklamasjonsfristen fra avslutningen av utførelsen av vedkommende del». Det vil være praktisk der for eksempel overtakelsen skjer på høst- eller vinterstid, og at ferdigstillingen av enkelte utearbeider utsettes til våren. Spørsmålet blir da om byggherren fortsatt har endringskompetansen sin i behold, og eventuelt hvor langt den rekker.

Når partene avtaler at overtakelsen for deler av arbeidene skal utsettes til et senere tidspunkt, vil det i praksis være en felles endringsavtale av den opprinnelige kontrakten. Uten at annet uttrykkelig fremgår, kan det dermed ikke antas at partene har ment å endre de opprinnelige kontraktsvilkårene eller avskjære endringskompetansen. Særlig vil det gjelde fra byggherrens side, ettersom behovet for å kunne foreta endringer fremdeles vil kunne gjøre seg gjeldende for det gjestående arbeidet.¹¹⁹ Videre er det i teorien antatt at byggherren kan foreta endringer av arbeid som enda ikke er overtatt.¹²⁰ Samtidig er det lite som tilsier at endringskompetansen bør avskjæres så lenge ikke alle arbeider er ferdige. Det legges derfor til grunn at bygg-

¹¹⁶ Dette er også en utbredt oppfatning i teorien, jf. Sandvik (1977) s. 124, Barbo (1997) s. 87, Marthinussen mfl. (2010) s. 308, Nordtvedt mfl. (2013) s. 443 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 282.

¹¹⁷ Se også Barbo (1997) s. 88.

¹¹⁸ Jf. NS 8405 pkt. 32.1 flg.

¹¹⁹ Se kapittel 1.2 ovenfor om behovet for endringer.

¹²⁰ Jf. Marthinussen mfl. (2010) s. 308 og Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283 (petit).

herren har endringskompetansen sin i behold der det er avtalt utsatt overtakelse for deler av arbeidet.

Hvor omfattende endringskompetansen skal være, er mindre klart. Det er ingen grunn til å sette spørsmålstegn ved at de begrensningene som følger av pkt. 22.1 fremdeles må gjelde. Problemstillingen gjelder om endringskompetansen kun gjelder for gjenstående arbeid, eller om byggherren også kan gjøre endringer i det som allerede er overtatt. De reelle hensynene som skal ivareta byggherrens behov for å kunne gjøre endringer av gjenstående arbeid, gjør seg ikke gjeldende på samme måte for arbeid som allerede er overtatt. Derimot bør hensynene til entreprenøren tillegges betydelig vekt. Her er det særlig rimelighetsbetraktninger og hensynet til forutbergnelighet som taler for at entreprenøren ikke skal ha en plikt til å utføre endringer på arbeider som allerede er ferdigstilt og overtatt av byggherren. Et eksempel kan illustrere poenget: Entreprenøren har fullført byggingen av en skole, og som overtas av byggherren i september. Men partene blir enige om at en tilhørende lekeparks skal ferdigstilles først i mai året etter. Når arbeidet på lekeparksen starter, vil entreprenøren gjerne holde på med nye prosjekter ved siden av. Det vil da kunne innebære en vesentlig ulempe for ham hvis det blir gitt pålegg om omfattende endringsarbeider i forbindelse med skolen, som byggherren overtok for flere måneder siden. En rimelig avveining vil derfor være at endringskompetansen kun gjelder for det som har en saklig tilknytning til gjenstående arbeid. Konklusjonen er ikke åpenbar, og i teorien er det delte meninger om løsningen.¹²¹ Etter mitt syn bør endringskompetansen likevel kun gjelde for gjenstående arbeid.

Forutsatt at endringskompetansen kun gjelder for gjenstående arbeid, blir spørsmålet om 15 %-grensen må beregnes av hele kontraktssummen, eller om den må beregnes for summen av de gjenstående arbeidene. I en viss utstrekning vil rimelighetsbetraktninger med hensyn til entreprenøren også kunne begrunne at kontraktssummen kun skal gjelde gjenstående arbeid. På den annen side vil endringskompetansen fortsatt følge av den opprinnelige avtalen. Så lenge det eksisterer en endringskompetanse – selv om denne kun gjelder for den delen med utsatt overtakelse – vil det naturlige være at kompetansen fortsatt knytter seg til den opprinnelige kontraktssummen. Likevel slik at de endringene byggherren tidligere har gjort, selvsagt fortsatt teller med i beregningen. Men byggherren kan ha ventet med å benytte noe av sin endringskompetanse til den delen som det senere er avtalt at skal ha utsatt overtakelse. Det vil derfor være urimelig om kompetansen i ettertid skal snevres inn for denne delen. Å redusere 15 %-regelen til gjenstående arbeid kan også skape retts tekniske problemer ved beregningen av hvor mye de gjenstående arbeidene skal verdsettes til. Den opprinnelige kontraktssummen

¹²¹ Se Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283 (petit) som legger til grunn at endringskompetansen begrenses til gjenstående arbeid. Tilsvarende Nordtvedt mfl. (2013) s. 444 for NS 8407s vedkommende. Motsatt Marthinussen mfl. (2013) s. 308.

var beregnet på hele byggeprosjektet under ett, og verdien på enkeltstående arbeider kan falle annerledes ut enn om disse skulle utføres hver for seg. Svaret på denne problemstillingen blir derfor at beregningen av 15 % -regelen bør foretas i relasjon til hele kontraktssummen.¹²²

4.2.2 Pretensjon om mangel

Hvis partene ikke har avtalt å utsette deler av arbeidene til etter den formelle overtakelsen, kan det også være andre situasjoner der entreprenøren har en arbeidsplikt etter overtakelsen. En slik arbeidsplikt vil typisk oppstå i tilfeller der kontraktarbeidet ved overtakelsen lider av en mangel.¹²³ Dette er imidlertid ikke noe særtrekk for entrepriseretten, ettersom krav om retting er en alminnelig mangelsbeføyelse også ellers i kontraktsretten.¹²⁴ Et pålegg om vederlagsfri utbedring kan altså anses som en fastholdelse av kravet på kontraktsmessig ytelse, og det er derfor ikke tale om noe endringsordre fra byggherren. Dette kan stille seg annerledes hvis det oppstår tvil om det foreligger mangel. I avgjørelsen som er inntatt i Rt. 1972 s. 449 (Terrassedommen), forelå det uenighet mellom partene om det påpekte forholdet virkelig representerer en mangel. Nærmere bestemt gjaldt saken et krav fra byggherren om retting av feil og mangler i forbindelse med tekking og isolasjon av terrassene i to syv-etasjes boligblokker. Det forelå lekkasjer der årsaksforholdet til disse var omtvistet, og partene var uenige om retteplikten. Spørsmålet i saken var om entreprenøren hadde en plikt til å foreta utbedring i en slik situasjon. Ved løsningen av tvisten uttalte retten følgende:

«Dersom det er grunn til å anta at det foreligger lekkasjer i membranen eller slukinntekkingen, og dersom det ikke på forhånd utpeker seg som klart at disse skyldes [byggherren], mener jeg at [entreprenøren] har plikt til å undersøke forholdet så fort som mulig, og foreta omlegging dersom undersøkelserne ikke klarlegger at det er [byggherrens] feil som er årsaken. Dette følger av [entreprenørens] særlige sakkyndighet og ansvar og tilsies av det rent praktiske hensyn at det for [byggherren] vil være umulig eller vanskelig selv å utføre disse reparasjoner eller å få andre sakkyndige til å gjøre det.»¹²⁵

På bakgrunn av dette kom Høyesterett frem til at adgangen til å pålegge entreprenøren en plikt om utbedring strekker lengre enn til de klare mangelstilfellene. Av avgjørelsen følger det at en slik regel kan begrunnes i hensynet til lojalitet og hensiktsmessighet. Regelen er senere kodi-

¹²² I denne sammenheng er løsningen i tråd med det syn som er inntatt i Marthinussen mfl. (2010) s. 308, men motsatt av Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 283 (petit). Slik jeg ser det, er det ikke nødvendig at konklusjonen her avhenger av konklusjonen i forrige avsnitt.

¹²³ Jf. NS 8405 pkt. 36.2, jf. pkt. 36.1.

¹²⁴ Se eksempelvis bustadoppføringslova § 32, håndverkertjenesteloven § 24 og kjøpsloven § 34.

¹²⁵ Jf. Rt. 1972 s. 449 på s. 455.

fisert under mangelsbestemmelsene i NS 8405 pkt. 36.2 tredje ledd: «Entreprenøren har plikt til å foreta utbedringen selv om det er uenighet om det foreligger en mangel».

Sett i sammenheng med endringskompetansen vil regelen de facto gi byggherren en viss endringsadgang etter overtakelsen: Så lenge byggherren pretenderer at det foreligger en mangel, har han en rett til å pålegge entreprenøren å foreta utbedring. Hvis det i ettertid viser seg at forholdet i virkeligheten ikke utgjorde en mangel, vil entreprenøren bare ha krav på vederlag for utbedringen.¹²⁶ For å unngå misbruk påpekes det imidlertid i domssitatet ovenfor at regelen ikke gjelder hvor det er klart at mangelen skyldes byggherren. En forutsetning for anvendelsen er derfor at pretensjonen ikke er klart grunnløs. Men selv om pretensjonen ikke var grunnløs, er det ikke gitt at byggherren hadde rett. Viser det seg at det ikke forelå en mangel, var utbedringen fra entreprenøren i praksis et endringsarbeid etter at overtakelsen hadde funnet sted.

¹²⁶ Han kan også kreve sikkerhetsstillelse fra byggherren for sitt mulige vederlagskrav før utbedringen skal foretas, jf. NS 8405 pkt. 36.2 tredje ledd annet punktum.

5 Har byggherren rett til å velge hvem som skal utføre endringsarbeidet?

5.1 Problemstillingen

Hvis byggherren ønsker å utføre endringer underveis i prosjektet, vil det naturlige være å benytte den kontraherte entreprenøren til også å utføre endringsarbeider. Dette vil nok byggherren normalt også være best tjent med, ettersom entreprenøren allerede er på byggeplassen og har kjennskap til prosjektet. På denne bakgrunn vil problemstillingen normalt ikke være veldig praktisk. Det kan likevel tenkes at enkelte arbeider vil kunne løses på en rimeligere måte ved å benytte seg av arbeidskrefter utenfor den opprinnelige kontrakten. Videre kan for eksempel entreprenørens fremdrift være forsinket, slik at byggherren ønsker at tilhørende endringsarbeid skal gis til en annen entreprenør. For entreprenørens del vil byggherrens valgfrihet i all hovedsak ha økonomisk betydning, siden det vil påvirke hans mulighet til å utføre endringsarbeid og dermed krav på vederlag. Det må derfor redegjøres for hvor fritt byggherren står til å velge entreprenør ved utøvelsen av sin endringskompetanse.¹²⁷

Forutsetningen for den videre drøftelsen er at endringene som ønskes utført, faller innenfor rammene av byggherrens materielle endringskompetanse etter pkt. 22.1 tredje ledd. Dersom byggherren vil ha utført et arbeid som ikke har «sammenheng med det kontrakten omfatter», eller hvis arbeidet er av en «vesentlig annen art enn det opprinnelige arbeidet», vil dette være arbeid som faller utenfor byggherrens endringskompetanse. Det samme gjelder endringer «ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen». Siden arbeidene ligger utenfor det byggherren har rett til ensidig å pålegge entreprenøren, så kan han heller ikke ha plikt til å gjøre det.¹²⁸

5.2 De ulike endringene

Verken NS 8405 eller tidligere standarder har regulert spørsmålet om byggherren har rett til å velge hvilken entreprenør som skal utføre endringsarbeidene. Svaret vil derfor i stor grad bero på en avveining av byggherrens lojalitetsplikt og reelle hensyn. Siden vurderingen kan variere i ulike situasjoner, er det grunn til å sondre mellom de forskjellige formene for endringer som byggherren kan pålegge.

5.2.1 Ytelser som trekkes ut

En første situasjon som kan tenkes er der byggherren ønsker å trekke ut deler av kontrakten i den hensikt å gi de samme arbeidene til en annen og rimeligere entreprenør. I praksis vil en

¹²⁷ Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om entreprenøren har rett til å utføre endringsarbeid, selv om det vil være mindre presist ved behandlingen av byggherrens endringskompetanse. Rettslig sett er formuleringen uten betydning.

¹²⁸ Tilsvarende Sandvik (1977) s. 124, Barbo (1997) s. 92-93 og Nordtvedt mfl. (2013) s. 449-450.

slik endring være å overføre de avtalte ytelsene til en annen entreprenør. Selv om utgangspunktet er at byggherren har rett til å foreta negative endringer uten å begrunne formålet,¹²⁹ er det ikke gitt at en slik overføring kan aksepteres. Byggherren tar for eksempel ut de dyrere elementene i kontrakten, men beholder de rimeligere. Hvis de dyrere elementene da gis bort til en entreprenør som kan gjør det rimeligere, bærer det sterkt preg av en illojal opptreden fra byggherrens side. Det vil derfor trolig stride med den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. En kontrakt som lar den ene parten håndplukke de beste delene av en avtale etter at den er inngått, vil i tillegg være misbruk av endringskompetansen og kan stå i faresonen for sensur i henhold til avtaleloven § 36. En annen grunn som taler for at forholdet ikke bør aksepteres, er at det kan by på store ulemper for entreprenøren å få en ny entreprenør i samme yrkeskategori ved siden av seg på samme byggeplass. Det vil kunne virke forstyrrende og påvirke produktiviteten. Med to entreprenører som tilhører samme kontraktsområde, vil det også kunne føre til vanskelige årsaksvurderinger i forbindelse med risikoplassering for mangler.¹³⁰ Et annet moment er at standardkontrakten selv gir uttrykk for en slik regel. I henhold til pkt. 38.1 femte ledd er hovedregelen at «avtalte ytelser ikke kan utføres av andre entreprenører» inntil overtakelse har skjedd. Bestemmelsen står imidlertid under avbestillingsreglene, og kan dermed ikke anvendes direkte på negative endringer. Ut fra de momentene som gjør seg gjeldende i denne situasjonen, er det likevel nærliggende å tolke bestemmelsen utvidende til også å gjelde negative endringer.¹³¹ I alle tilfeller vil de reelle hensynene kunne begrunne en tilsvarende regel, noe det også er enighet om i teorien.¹³² Etter dette blir utgangspunktet at byggherren ikke har en rettmessig adgang til å frata entreprenøren arbeid som ligger innenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelsene, for deretter å la en annen entreprenør utføre arbeidet i stedet. For å kunne foreta negative endringer, blir betingelsen derfor at arbeidene overhodet ikke skal utføres.

En lignende situasjon er der byggherren ønsker å trekke ut deler av kontraktarbeidene, for deretter å erstatte disse med andre arbeider. Det vil i så fall være tale om en kvalitativ endring av det opprinnelige avtalte. Endringsarbeidet omfattes dermed ikke på samme måte av de «avtalte ytelser», slik at det skal desto mer til for å benytte seg av pkt. 38.1 femte ledd på dette forholdet. Derimot vil de samme reelle hensynene som ved foregående situasjon komme til anvendelse også her. Videre er det vanskelig å se noen rimelig grunn til at dette arbeidet ikke skal utføres av den opprinnelige entreprenøren, særlig tatt i betraktning at byggherren har en

¹²⁹ Se kapittel 2.2.1 ovenfor.

¹³⁰ Jf. Barbo (1997) s. 93.

¹³¹ Marthinussen mfl. (2010) s. 638 hevder at den er ment for negative endringer. Nordtvedt mfl. (2013) s. 669 vedrørende både tilsvarende regel i NS 8407 og regelen i NS 8405, er derimot av den oppfatning at bestemmelsen kun gjelder ved avbestilling.

¹³² Jf. Sandvik (1977) 124, Kolrud mfl. (1992) s. 229, Barbo (1997) s. 94, Nordtvedt mfl. (2013) s. 446. Marthinussen mfl. (2010) operer med samme regel, men hjemler løsningen i NS 8405 pkt. 38.1 femte ledd.

lojalitetsplikt overfor denne entreprenøren. Det legges derfor til grunn at utgangspunktet også i denne situasjonen er at byggherren ikke kan velge andre entreprenører enn den opprinnelige.

For begge de nevnte situasjonene kan det tenkes situasjoner der det vil være rimelig å oppstille unntak, fordi byggherren har en saklig grunn til å la en annen entreprenør utføre endringsarbeidene. Mislighold fra entreprenøren – han bruker for eksempel unødvendig lang tid på å starte opp de avtalte arbeidene – kan være en slik grunn. Den nevnte pkt. 38.1 femte ledd åpner for unntak der entreprenøren har «misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2». Selv om bestemmelsen i utgangspunktet kun gjelder avbestilling, taler standarden også for at det bør opereres med unntak. Andre saklige grunner enn mislighold kan også tenkes. Selv om entreprenøren ikke er å laste, kan det være at byggherrens økonomiske situasjon eller hensynet til en effektiv fremdrift av prosjektet tilsier at enkelte arbeider utsettes til et senere tidspunkt.¹³³ På det tidspunktet arbeidet skal utføres, kan det være grunn til å la en annen utføre arbeidene. For eksempel har overtakelse skjedd, og entreprenøren har forlatt byggeplassen. I så fall taler hensynet til entreprenøren i vesentlig mindre grad for at han bør få utføre arbeidet. Etter overtakelse er endringskompetansen dessuten ikke virksom, slik at det verken foreligger noen rett eller plikt til å gi endringsarbeid til den opprinnelige entreprenøren.¹³⁴ Disse momentene taler alle i retning av at det må gjelde et unntak i enkelte situasjoner. I teorien anføres det også at det bør gjelde et unntak der byggherren har en saklig grunn.¹³⁵ På motsatt side er det lite som taler for at byggherren ikke kan gi endringsarbeid til andre dersom det har gode grunner for seg. Konklusjonen er at dersom byggherren kan påvise en saklig grunn for å trekke ut avtalte arbeider, kan disse eller lignende arbeid gis til en annen entreprenør.

5.2.2 Ytelser som legges til

Situasjonen kan også være den at byggherren ikke ønsker at avtalte ytelser skal utgå, men at endringen kun skal bestå av tilleggsarbeider. Det trekkes altså ikke noe arbeid ut av den opprinnelige avtalen, og det synes umiddelbart ikke like selvsagt at byggherren i utgangspunktet plikter å gi tilleggsarbeidene til entreprenøren. Det kan hevdes at siden endringer generelt er forventet i entreprisprosjekter, bør entreprenøren derfor få utføre alle endringsarbeid. Denne forventningen må i så fall begrunnes i at byggherren har gitt uttrykk for at det vil forekomme endringer etter avtaleinngåelsen. Uten at det er tilfellet, vil det etter mitt skjønn da ikke være grunnlag for å oppstille et erstatningsrettslig vern for slike forventninger. På bakgrunn av hva som er konkludert med ovenfor, er det likevel ingen holdepunkter for at utgangspunktet bør

¹³³ Se også Barbo (1997) s. 96-98.

¹³⁴ Se kapittel 4.1 ovenfor.

¹³⁵ Jf. Barbo (1997) s. 94-95 og Nordtvedt mfl. (2013) s. 446. Se også Kaasen (2006) s. 334 som har det motsatt utgangspunktet vedrørende NF 05: Selskapet står fritt til å overføre arbeidet til andre, men det forutsetter saklige kriterier.

være annerledes for endringer som omfatter nye ytelser. Når partene først har inngått en kontrakt om et byggeprosjekt, vil det i første omgang være byggherrens lojalitetsplikt overfor entreprenøren som tilsier at han får utføre alle endringsarbeid – enten endringen er foranlediget av at en ytelse skal utgå eller ikke. At en ny entreprenør innenfor samme kontraktsområde kan innebære en vesentlig ulempe for entreprenøren, vil også her være et viktig moment. Utgangspunktet er derfor være at heller ikke i denne situasjonen kan byggherren gi endringsarbeidene til en annen entreprenør.¹³⁶

På samme måte som for de andre endringene, er det grunn for å operere med unntak der byggherren har en saklig grunn til å velge en annen entreprenør. Til forskjell fra de tidligere endringssituasjonene, kan det imidlertid tenkes at det oftere forekommer tilfeller som gir byggherren en saklig grunn når endringen består av et tilleggsarbeid. For eksempel er entreprenøren forsinket med de opprinnelige arbeidene, og det er av stor betydning for byggherren at det ikke inntre ytterligere forsinkelser. Eller entreprenøren jobber for fullt, uten mulighet til å øke omfanget av sine ytelser i større grad, slik at byggherren frykter at det vil inntre forsinkelse om han pålegges mer arbeid. I så fall er det, etter min oppfatning, god grunn for å anse det som saklig at endringsarbeidene gis til andre entreprenører. Forutsetning må likevel være at det kan skje uten å forstyrre arbeidet til den opprinnelige entreprenøren i vesentlig grad.

5.3 Urettmessig bruk av andre entreprenører

For de ulike situasjonene som er trukket opp, kan det spørres hva som er konsekvensen av at byggherren uten saklig grunn velger en annen entreprenør enn den opprinnelige. Utgangspunktet er at entreprenøren aldri har krav på å få oppfylle kontrakten – herunder eventuelle endringsarbeider – *in natura*.¹³⁷ Dette er en grunnfestet regel som blant annet kan utledes av byggherrens rett til å avbestille hele eller deler av arbeidene.¹³⁸ Der byggherren uberettiget lar en annen entreprenør utføre arbeidene, vil det i stedet utgjøre mislighold som kan lede til erstatningsansvar. Eventuelt mislighold i en slik situasjon vil som regel skyldes forsett eller rettsvillfarelse fra byggherrens side. Erstatningsansvaret må derfor normalt svare til den tapte fortjenesten entreprenøren lider ved ikke å få utføre arbeidene.¹³⁹ At det kommer inn en ny entreprenør på byggeplassen kan i tillegg medføre at den opprinnelige entreprenøren får krav på vederlagsjustering som følge av forsinkelser, nedsatt produktivitet, forstyrrelser eller lig-

¹³⁶ Tilsvarende Barbo (1997) s. 95-96. Andre forfattere ser ikke ut til å nyansere utgangspunktet for slike situasjoner.

¹³⁷ Jf. Sandvik (1977) s. 125.

¹³⁸ Jf. NS 8405 pkt. 38.1

¹³⁹ Jf. Barbo (1997) s. 93.

nende.¹⁴⁰ Med mindre byggherren har en saklig grunn til noe annet, bør han derfor enten la den opprinnelige entreprenøren utføre endringen eller la endringen være.

¹⁴⁰ Jf. NS 8405 pkt. 25.2 bokstav b og c, samt pkt. 25.3 annet ledd bokstav b.

6 Avsluttende betraktninger

Formålet med oppgaven har vært å redegjøre for i hvilken utstrekning byggherren ensidig kan endre kravene til entreprenørens ytelser, og hvilke begrensninger byggherren må forholde seg til.

Oppgaven har vist at utgangspunktet for byggherrens materielle endringskompetanse etter NS 8405 pkt. 22.1 er meget vid. I stor utstrekning vil kompetansen derfor ivareta byggherrens behov for å utføre endringer underveis i prosjektet, slik at han på den måten kan nå sitt overordnede mål – nemlig å motta det resultatet han ønsker.

Av hensyn til entreprenøren må det likevel være grenser for hvilke endringer byggherren kan kreve utført og hvor omfattende endringene kan være. Standardkontrakten oppstiller de viktigste begrensningene i denne sammenheng. Der denne er uklar eller ikke regulerer problemstillinger som kan oppstå, har det – av mangel på andre rettskilder – i stor grad vært juridisk teori og reelle hensyn som har begrunnet løsningene.

Partenes alminnelige lojalitetsplikt overfor hverandre har også vist at det noen ganger er grunn til å oppstille snevrere eller videre grenser enn de som følger av standardkontrakten. For eksempel kan entreprenørens lojalitetsplikt tilsi at det gjøres unntak fra den kvantitative begrensningen som oppstilles i pkt. 22.1 tredje ledd. Motsatt tilsier byggherrens lojalitetsplikt eksempelvis at endringsarbeid som regel bør gis til den opprinnelige entreprenøren, selv om standardkontrakten ikke inneholder en slik begrensning av endringskompetansen.

På bakgrunn av den redegjørelsen som er gjort, fremstår NS 8405 pkt. 22.1 etter min oppfatning som en balansert bestemmelse for å ivareta begge parter interesser. Samtidig har drøftelsene vist at det finnes en rekke problemstillinger den ikke gir klart svar på, noe som taler for at den med fordel kunne vært både mer presis og utfyllende.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Barbo, Jan Einar *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold: Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspraksis.* Oslo, 1997.
- «Blåboka» *Blåboka (basert på NS 8405). Statsbyggs generelle og spesielle kontraktsbestemmelser for entrepriser.* Statsbygg. Oslo, 2015.
- Boe, Erik Magnus *Rettskildelære under debatt.* Oslo, 2012.
- Eckhoff, Torstein, Jan E. Helgesen *Rettskildelære.* 5. utgave, Oslo, 2001.
- Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett. Utvalgte emner.* Oslo, 1997.
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett.* 2. utgave, Oslo, 2011.
- Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud *Entrepriserett.* Oslo, 2014.
- Kaasen, Knut *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05.* Oslo, 2006
- Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, mfl. *NS 8405. Kommentارutgave.* Oslo, 2004.
- Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inge-Johanne Lund, mfl. *Kommentar til NS 3430.* Oslo, 1992.
- Marthinussen, Karl, Heiki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen *NS 8405: Kommentarutgave til Norsk Standard 8405, Norsk bygge- og anleggskontrakt.* 3. utgave, Oslo, 2010.
- Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik, mfl. *NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. Kommentarutgave.* Oslo, 2013.
- Sandvik, Tore *Entreprenørrisikoen.* Oslo, 1966.
- Sandvik, Tore *Kommentar til NS 3401.* Oslo, 1977.

Simonsen, Lasse

Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene

I: Jussens venner (1999) s. 305-398. (Sitert fra Lovdata)

Woxholt, Geir

Avtalerett.

7. utgave, Oslo, 2009.

7.2 Rettspraksis

Norsk Retstidende

Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1983 s. 205

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2014 s. 520

Underrettspraksis

LB-2000-1297

LB-2001-1369

7.3 Standardkontrakter

NS 3430	Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. Utarbeidet av Norges Standardiseringsforbund, 1994.
NS 8405	Norsk bygge- og anleggskontrakt. Utarbeidet av Standard Norge, 2008.
NS 8407	Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepri- ser. Utarbeidet av Standard Norge, 2011.
NF 05	Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005. Utarbeidet i sam- arbeid mellom Statoil ASA, Norsk Hydro ASA og Teknologibedriftenes Landsforening, 2005.

7.4 Lover og forarbeider

Lover

1918	Lov om avtaleslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.
1989	Lov om håndverkertjenester m.m. for forbukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.
1992	Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli nr. 93.
1997	Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.

Forarbeider

Ot. prp. nr. 21 (1996-1997)	Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (forarbeider til bustadoppføringslo- va).
-----------------------------	--

